FILOSOFIA JURÍDICA PÓS 1945

Sobre a História do Pensamento Jurídico na República Federal da Alemanha

Autor: Hasso Hofmann

Tradutor: Italo Roberto Fuhrmann

Editora Fundação Fênix

A obra “Filosofia Jurídica Pós 1945” retrata, de forma crítica e abrangente, os caminhos trilhados pela Academia e pelo Poder Judiciário alemão, em especial pela judicatura do seu Tribunal Constitucional, após 1945. Sem incorrer em hermetismos abstrusos, o professor Hofmann nos apresenta os principais teóricos do Direito e da Filosofia Jurídica que construíram a atual concepção jurídica prevalecente na Alemanha. O autor divide esse desenvolvimento teórico e dogmático em quatro etapas, a saber: a “renascença” do Direito natural nos anos de consolidação da sociedade alemã ocidental (parte I), seguida por um período de reformas sociais e de planos legislativos, que culminou com uma onda de modernizações do pensamento jurídico sob o lema “teoria jurídica” ao invés de “filosofia jurídica” (parte II). Posteriormente, frente ao início da crise do Estado social, a filosofia prática retornou, contra todas as análises teóricas do Direito, na condição de conceito central da Justiça, sobretudo da Justiça social (parte III). E, por fim, o autor analisa a etapa contemporânea, ou seja, a chegada da Alemanha reunificada na sociedade globalizada, e que vivencia atualmente a discussão sobre a universalidade da concepção de direitos humanos (parte IV).

Filosofia Jurídica Pós 1945 – Sobre a História do Pensamento Jurídico na República Federal da Alemanha

Filosofia Jurídica Pós 1945 – Sobre a História do Pensamento Jurídico na República Federal da Alemanha

Hasso Hofmann

Tradução

Italo Roberto Fuhrmann

Porto Alegre, 2020

Direção editorial: Agemir Bavaresco
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix
Imagem de Capa: Palácio de Würzburg, Alemanha, cidade natal do autor.

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Este livro foi editado com o apoio financeiro do Ministério das Relações Exteriores da República Federal da Alemanha através do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD).

Série Direito – 02

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Hasso Hofmann

HOFMANN, Hasso. *Filosofia Jurídica Pós 1945* – Sobre a História do Pensamento Jurídico na República Federal da Alemanha. Tradução Italo Roberto Fuhrmann Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

72p.
ISBN – 978-65-87424-09-5

 https://doi.org/10.36592/9786587424095
Disponível em: https://www.fundarfenix.com.br

CDD – 340

1. Direito. 2. Filosofiia Jurídica. 3. Pensamento Jurídico. 4. República Federal da Alemanha.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

SUMÁRIO

O Autor

O filósofo do Direito e constitucionalista alemão, prof. Dr. Dr. *h.c mult*. **Hasso Hofmann,** nasceu na cidade Bávara de Würzburg, no ano de 1934. Iniciou sua trajetória acadêmica como estudante de Direito e Filosofia nas Universidades de Erlangen-Nuremberg, Heidelberg e Munique.

No ano de 1962, prof. Hofmann defendeu sua tese de doutoramento sobre o tema – *teoria da legitimação em Carl Schmitt -,* cuja obra intitulada no original "Legitimität gegen Legalität – Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts" foi publicada em 1964. No âmbito da sua tese de livre-docência (*Habilitation*), maior titulação acadêmica no ensino universitário alemão, apresentada em 1970 na Universidade de Erlangen-Nuremberg, o autor desenvolveu um trabalho sobre o tema, Representação: um estudo sobre a história conceitual e semântica da antiguidade até o século XIX. De 1976 a 1992, prof. Hofmann lecionou filosofia do Direito, Direito administrativo e Direito do Estado na Universidade de Würzburg.

Até a sua titulação como professor emérito, o autor ministrou as disciplinas de Direito público e filosofia do Direito na Universidade Humboldt de Berlim, na qual foi vice-presidente nos anos de 1992 a 1994. Prof. Hofmann é membro da Academia Científica de Berlim *(Wissenschaftskollegs zu Berlin)*, da Academia de Cientistas da Baviera (*bayerische Akademie der Wissenschaften*), da Academia de Ciências de Berlim-Brandemburgo, assim como da Fundação Siemens de Munique.

Foram concedidos ao autor os títulos de doutor *honoris causa* pela Universidade Johann Wolfgang von Goethe – Frankfurt a.M, e pela Universidade Nacional de Atenas, na Grécia. Além disso, o prof. Hofmann foi condecorado, no ano de 2009, com a Cruz de Mérito de 1ª classe pelo governo da República Federal da Alemanha.

Tradução da obra do Prof. Dr. Dr. h.c mult. (emérito) **Hasso Hofmann**
(Universidade Humboldt/Berlin)

Prefácio à Edição em Língua Portuguesa

A atual realidade constitucional alemã é o resultado de um longo processo de desenvolvimento político, jurídico e do pensamento filosófico, entretecido por rupturas institucionais, guerras, revoluções e crises de ordem política e econômica que marcaram não só a Alemanha, mas todo o continente europeu. Uma ordem constitucional que desde a promulgação da assim designada *Paulskirchenverfassung*, em março de 1849, sempre objetivou a consolidação da unidade política nacional e a asseguração da liberdade individual dos cidadãos, tornou-se, gradativamente, um ponto de referência para o desenvolvimento de inúmeras Constituições em escala mundial. A atual Constituição alemã, promulgada em 1949, constitui a materialização jurídico-normativa da reconstrução democrática da Alemanha, levada a efeito por destacados políticos de variados matizes ideológicos, como Konrad Adenauer (União Democrata-Cristã e presidente do Conselho Parlamentar), Carlo Schmid (Partido Social-Democrata) e Theodor Heuss (Partido Democrático Liberal). Uma Constituição que não garante apenas a separação dos poderes e os direitos fundamentais, mas que, igualmente, proporciona a abertura política necessária para a vida democrática e assegura *pari passu* a estabilidade institucional é, sem dúvida, um ideal progressivamente concretizado pela jurisdição constitucional alemã do segundo pós-guerra.

Justamente neste contexto temporal que a obra "*Filosofia Jurídica Pós 1945 – Sobre a História do Pensamento Jurídico na República Federal da Alemanha*", do professor Hasso Hofmann, se insere. Trata-se de uma obra que transita na interseção inextricável entre o Direito e a Filosofia, delineando, em perspectiva histórica, sem descurar, contudo, de uma visão prospectiva, a formação do pensamento jurídico na Alemanha após a devastação moral e material decorrente do regime nacional-socialista.

O ano zero, assim designado pelo cineasta italiano Roberto Rossellini, pode ser perfeitamente transposto para a arena jurídica alemã. Como prosseguir com as Escolas tradicionais do Direito alemão após Auschwitz? Um recomeço em um País esfatiado em zonas de ocupação, cuja soberania foi suspensa, e polarizado no centro da chamada "Guerra Fria", foi engendrado, segundo o autor, a partir de uma "renascença do direito

natural". Não por acaso que uma das primeiras decisões judiciais proferidas em solo alemão após o fim da conflagração mundial foi a anulação das leis nacional-socialistas que transferiram para o Estado as propriedades dos judeus, com fundamento na violação ao Direito natural (Wiesbaden, 13.11.1945). A reafirmação do Estado de Direito e a limitação da arbitrariedade do agir humano foram erigidos como objetivos centrais na reestruturação da nova República sediada na cidade de Bonn.

A obra "Filosofia Jurídica Pós 1945" retrata, de forma crítica e abrangente, os caminhos trilhados pela Academia e pelo Poder Judiciário alemão, em especial pela judicatura do seu Tribunal Constitucional, após 1945. Sem incorrer em hermetismos abstrusos, o professor Hofmann nos apresenta os principais teóricos do Direito e da Filosofia Jurídica que construíram a atual concepção jurídica prevalecente na Alemanha. O autor divide esse desenvolvimento teórico e dogmático em quatro etapas, a saber: a "renascença" do Direito natural nos anos de consolidação da sociedade alemã ocidental (parte I), seguida por um período de reformas sociais e de planos legislativos, que culminou com uma onda de modernizações do pensamento jurídico sob o lema "teoria jurídica" ao invés de "filosofia jurídica" (parte II). Posteriormente, frente ao início da crise do Estado social, a filosofia prática retornou, contra todas as análises teóricas do Direito, na condição de conceito central da Justiça, sobretudo da Justiça social (parte III). E, por fim, o autor analisa a etapa contemporânea, ou seja, a chegada da Alemanha reunificada na sociedade globalizada, e que vivencia atualmente a discussão sobre a universalidade da concepção de direitos humanos (parte IV).

Hofmann nos apresenta nesta obra destacados pensadores do moderno Direito alemão, e suas principais contribuições para a consolidação do pensamento jurídico contemporâneo na Alemanha, como, por exemplo, Hermann Weinkauff, o primeiro presidente do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, Werner Maihofer, professor de Direito penal em Saarbrücken e Ministro do Interior, Gustav Radbruch, professor de Filosofia do Direito em Heidelberg e Ministro da Justiça, Günter Dürig, professor de Direito Constitucional em Tübingen, Ulrich Klug, professor de Direito penal em Colônia, Arthur Kaufmann, penalista e filósofo do Direito da Universidade de Munique, Helmut Coing, professor de História e Filosofia do Direito em Frankfurt, e Josef Esser, professor de Direito Civil na Universidade de Tübingen. Sem proceder a uma análise diletante e panorâmica, o autor congloba, de forma profunda e analítica, as principais teses e decisões judicias alemãs da segunda metade do século XX, e que

forjaram o atual Direito alemão.

Trata-se, sem dúvida, de um estudo substancial e singular da formação do pensamento jurídico na Alemanha realizado pelo professor Hofmann, que serve de obra imprescindível para o estudo do Direito comparado. Do mesmo modo, trata-se de acesso a uma obra fundamental da filosofia jurídica alemã que ora se disponibiliza aos estudantes de ciências jurídicas e profissionais da área do Direito de língua portuguesa.

Pelo apoio institucional que viabilizou a publicação da obra no Brasil, agradecemos ao Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA) nas pessoas dos seus diretores, profa. Dra. Dr. h.c. Claudia Lima Marques e prof. Dr. Dr. Draiton Gonzaga de Souza, e à Editora Fundação Fênix, em especial ao Dr. Jair Tauchen. Ao prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, coordenador do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da PUCRS, agradecemos pela disponibilidade e pela apresentação da proposta de publicação ao CDEA, apoio fundamental para a concreção da presente obra. Agradecemos, do mesmo modo, à Editora Duncker & Humblot, particularmente a Sra. Yasmin Soinegg, pela colaboração e engajamento no presente projeto, e, especialmente, ao autor da obra, prof. Dr. Dr. *h.c mult*. Hasso Hofmann, pelo gentil aceite da tradução proposta e pela disponibilidade no transcurso da elaboração do trabalho.

Italo R. Fuhrmann

Porto Alegre, inverno de 2020.

Introdução

Uma análise geral sobre uma época da filosofia do Direito é normalmente levada a efeito através da identificação de suas "correntes principais de pensamento"[1]. Este procedimento oferece, no entanto, apenas quadros abstratos, e, portanto, exceto em relação aos especialistas, mostra-se um tanto quanto monótono. No que concerne ao nosso objeto de investigação, qual seja a filosofia do Direito na Alemanha após o ano de 1945, tal procedimento não deve, já de antemão, ser levado em consideração. Quem poderia prontamente manter o estudo da tradição doutrinária das escolas da filosofia do Direito da época de Weimar (após Auschwitz) num país devastado? Nas zonas de ocupação soviética, foi anunciada pelo marxismo-leninismo uma nova sociedade, alegadamente pacífica, já que estruturada a partir da inexistência de classes sociais[2]. Contudo, a violência do caminho adotado levou muito cedo a um novo Estado de injustiça. Nas zonas ocidentais de ocupação, foi posta, de forma imperiosa, como tarefa idealizada, após todos os crimes cometidos durante a época do nazismo, a reafirmação do Estado de Direito, como limitação da arbitrariedade do agir humano. Neste alusivo, histórica foi a decisão da justiça de primeira instância do distrito de Wiesbaden, publicada em 1946, que declarou a nulidade das leis nacional-socialistas que transferiram para o Estado a propriedade dos judeus, justamente por afrontarem o Direito natural[3]. Em breve, se falaria de uma "renascença" do Direito natural[4]. Ela oscilou de forma diversificada, perdendo espaço no assim chamado "país do milagre econômico", porém recuperando rapidamente a força.

---

[1] Cf., *Ralf Dreier*, Hauptströmungen gegenwärtiger Rechtsphilosophie in Deutschland, in: Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie 81 (1995), S. 155-163; *James E. Herget*: Contemporary German Legal Philosophy, Philadelphia 1996. Ver também *Gerhard Spranger:* 100 Jahre Rechtsphilosophie, in: Annette Brockmöller/Eric Hilgendorf (Hg.): Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, Stuttgart 2009, S. 10-35 (23 ff.); *Martina Plümacher*. Philosophie nach 1945 in der Bundesrepublik Deutschland, Reinbeck 1996.

[2] Sobre o desenvolvimento da teoria do Direito marxista-leninista na República Democrática Alemã, cf., *Hasso Hofmann*: The Development of German-Language Legal Philosophy and Legal Theory in the Second Half of the 20th Century. VI. The GDR in Retrospect, in: *Enrico Pattaro* (Hg.) A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol 12 , no prelo.

[3] Justiça de Wiesbaden, decisão de 13.11.1945, in: Süddeutsche Juristenzeitung 1 (1946), S. 36.

[4] Cf., por todos, *Ulfrid Neumann*: Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: *Dieter Simon* (HG.): Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt a.M. 1994, S. 145-187; ademais, *Franz Wiecker*. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 600 ff.; *Kristian Kühl*: Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts, in: *Karl Acham et al* (Hg.) Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, Stuttgart, 1998, S. 605-663; *Hans Ulrich Wehler*: Deutsche Gesellschaftsgeschichte, 5. Bd., München 2008, S. 369 ff.

A pergunta sobre os motivos indica o caminho para as nossas considerações. Mais importante do que a tentativa de identificar as correntes jurídico-filosóficas, parece ser a identificação das fases essenciais de desenvolvimento do pensamento jurídico-filosófico pós 1945 no âmbito, e como parte, das mudanças políticas, sociais e culturais na República Federal da Alemanha. Por óbvio, não estamos falando aqui de uma sucessão exata de etapas delimitadas de desenvolvimento. Trata-se de uma mudança dos problemas centrais. Apesar de todas as interseções, é possível diferenciarmos aqui quatro períodos. A "renascença" do Direito natural nos anos de consolidação conservativa da sociedade alemã ocidental (parte I), seguida por um período de reformas sociais e de planos legislativos para o futuro, culminando em uma onda de modernizações científicas e diversificadas do pensamento jurídico sob o lema "teoria jurídica" ao invés de "filosofia jurídica" (parte II). Com o início da crise do Estado social, a filosofia prática volta, contra todas as análises teóricas do Direito, na condição de conceito central da Justiça, sobretudo da Justiça social (parte III). A chegada da Alemanha reunificada na sociedade mundial da globalização finalmente vivencia a atual discussão sobre a universalidade da nossa concepção de direitos humanos (parte IV).

Este plano de trabalho foi projetado pelo autor no programa científico da Fundação Carl Friedrich von Siemens, em Munique. Aqui se divulga a versão impressa e ampliada da palestra de 20 de outubro de 2011.

I A Renascença do Direito Natural

1. Direito Natural Cristão

Um artigo publicado no periódico teológico de Tübingen descreve assim a situação em 1951:

> Um dos problemas mais prementes surgido após o colapso resultante da segunda guerra mundial é a pergunta segundo a qual como poderia ser fundada uma consciência jurídica duradoura, e como seria possível uma nova ordem de convivência humana, na qual a tirania e a coação são igualmente proscritas, bem como a anarquia pela ausência de regras e o extremismo... A pergunta gira em torno sobre qual o Direito correto...

A resposta foi dada pelo próprio autor no título do artigo "O renascimento do Direito natural"[1]. Isso, no entanto, publicado dois anos após a promulgação da Lei fundamental da República Federal da Alemanha, ainda não desempenhou um papel relevante, apesar das garantias de liberdade individual e institucional e do reconhecimento da dignidade humana – que se mostrou notável. Essa concepção baseada no domínio da ocupação de um "conselho parlamentar" mediante uma lei promulgada parecia uma coisa de juristas, que vislumbravam, principalmente, o fortalecimento e a recomposição da regra tradicional do Estado de Direito. Para os juristas estavam, em primeiro plano, as preocupações concernentes à constituinte estabelecida num país ocupado, a legitimidade democrática da Lei fundamental e de seu significado para a situação jurídica de um país dividido[2]. Respostas pormenorizadas sobre a pergunta acerca do Direito correto foram dadas especialmente por teólogos católicos (a maioria de origem austríaca). A renascença do Direito natural como renascença primeira do direito natural católico não surgiu certamente num renascimento acadêmico da doutrina tomista-aristotélica do Direito natural, mas funcionou como parte da doutrina social do catolicismo político, que foi um dos pilares da nova "República de Bonn". Um eco ainda mais forte encontrou o "Manual da ética da sociedade, ética estatal e ética econômica" do teólogo Johannes Messner, que foi publicado em 1950 sob o título "O Direito natural". O professor de Viena (outrora um

---

[1] *Heinz-Horst Schrey*: Die Wiedergeburt des Naturrechts, in: Theologische Rundschau NF 19 (1951), S. 21-75, 154-186, 193-221, com comprovações abrangentes.

[2] Exemplo proeminente: o discurso do Reitor de Hamburgo *Hans Peter Ipsen,* em novembro de 1949: Sobre a Lei Fundamental, Hamburgo 1950.

amigo próximo do chanceler federal austríaco Dollfuss) desenvolve seu conceito dos propósitos de um Deus criador derivado do Direito natural na perspectiva história e sistemática em mais de 1.200 páginas em todos os seus detalhes. Essa obra enciclopédica monumental produziu até o ano de 1966 nada menos do que 6 edições[3]. No enfrentamento com o pervertido direito do regime nacional-socialista, a discussão jurídico-filosófica se concentrou, contudo, no fundamento de validade do Direito e na supremacia da validade do Direito natural perante o Direito positivo, isto é, face ao Direito legislado pelo Estado. Este encurtamento do problema referente à alternativa fundamental "Direito natural ou positivismo jurídico"[4] foi o resultado de uma tese representada por um penalista, filósofo do direito e político do Direito altamente respeitável chamado Gustav Radbruch (1878-1949). Após isso, o positivismo jurídico seria compreendido na expressão ("lei é lei"), na qual os juristas alemães (teriam) retirado qualquer meio de defesa contra leis com conteúdo criminoso ou arbitrário[5]. Autores Católicos se puseram contra todo e qualquer positivismo legal que pudesse contradizer a supremacia do Direito natural relativa à doutrina aristotélico-tomista dos propósitos naturais, da hierarquia normativa estóico-cristã da *lex aeterna*, da ordem eterna mundial, da *lex naturalis*, através da razão natural como parte identificável da lei eterna, e do *jus positivum*, ou seja, do Direito legislado por pessoas[6].

Muito mais difícil foi a situação para a ética social protestante[7]. Isto porque o dualismo existencial do cristão original baseado no império de Deus, Vontade e Graça, e do homem pecador com a capacidade de conhecimento corrompido, sujeito a um governo secularizado, trazido a lume por Lutero, não deixa espaço para um claro Direito natural, decorrente de uma razão natural. Permaneceu apenas a possibilidade,

---

[3] Hoje na 7ª edição, Berlin 1984. Cf., *Josef Funk* SVD: Primat des Naturrechts – Die Transzendenz des Naturrechts gegenüber dem positiven Recht, Mödling bei Wien 1952; *Josef Fuchs* SJ: Lex Naturae – Zur Theologie des Naturrechts, Düsseldorf 1955; *Albert Auer* OSB: Der Mensch hat Recht – Naturrecht auf dem Hintergrund des Heute, Graz u.a. O. 1956; Neste contexto, também para consulta a nova edição do livro de *Heinrich Rommen:* Die ewige Wiederkehr des Naturrechts (1936), München 1947.

[4] Cf., *Werner Maihofer* (Hg.): Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Darmstadt 1962, com boa bibliografia. Ver também *Thomas Würtenberger*: Wege zum Naturrecht in Deutschland 1946-1948, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 38 (1949/50), S. 98-138.

[5] *Gustav Radbruch*: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristenzeitung 1 (1946), S. 105-108 (107), agora in: Arthur Kaufmann (Hg.): Gustav Radbruch – Gesamtausgabe Bd. 3, Heidelberg 1990, S. 83-93 (88).

[6] Um exemplo: *Georg Stadtmüller*: Das Naturrecht im Lichte der geschichtlichen Erfahrung, Recklinghausen 1948, S. 33 ff.

[7] Uma impressão da variedade das posições evangélicas é exposta por *Eberhard Müller* (Hg.): Gerechte Ordnung – Gedanken zu einer Rechts – und Staatslehre in evangelischer Sicht, Tübingen 1948. Sobre a atual situação do debate *Ingolf U. Dalferth*: Naturrecht in protestantischer Perspektive, Baden-Baden 2008.

nas instruções bíblicas, ainda que não seja propriamente ordem normativa, a procura ao menos por uma diretriz jurídica, como por exemplo a teologia reformatória do teólogo suíço Emil Brunner[8], bem como do filosofo do Direito e professor de Direito eclesiástico de Freiburg Erik Wolf (1902-1977)[9]. Outros fizeram alusões ao tomismo. A esse círculo pertence Hermann Weinkauff (1894-1981), mais tarde, primeiro presidente do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha. Seu artigo confessional "O Direito natural na Perspectiva Evangélica" de 1951[10] é um "conglomerado" de partes da teologia moral católica, das doutrinas da Reforma de Emil Brunner e Erik Wolf e da ética valorativa profana sustentada por Scheler-Hartmann.

A esse elemento da ética valorativa, iremos ainda retornar. Antes, contudo, deve ser objeto do discurso uma variante existencial da renascença do Direito natural.

2. Direito Natural Existencial

O que diferencia, sobretudo, o renascimento do tradicional direito natural cristão e o direito natural existencial dos anos do pós-guerra é a orientação diametral no tempo. O Direito natural cristão busca na retrospectiva das origens de todo o Direito o seu apoio normativo, já o Direito natural existencial toma como medida um futuro promissor, que é esperado a partir da aprovação de uma decisão livre e coletiva, projetando uma melhor forma de existência. Isto gera uma sensação de se vivenciar uma hora zero (ainda que isso não se torne realidade), possivelmente ainda mais claro do que nas anteriores compreensões conservadoras, o sentimento jurídico destruído a

---

[8] *Emil Brunner*: Gerechtigkeit – Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung, Zürick 1943.

[9] *Erik Wolf*: Rechtsgedanke und biblische Weisung, Tübingen 1948. Neste sentido, Lena Foljanty: Rechtstheologie als Antwort auf den Nationalsozialismus - Zur Bedeutung der Religion in der deutschen Rechtsphilosophie der Nachkriegszeit, in: Szabolcs Hornyák et al (Hg.): Turning Points and Breaklines, München 2009, S. 214-227 (217 ff). Mais tarde, Wolf não designa o amor (*caritas*) como limite do Direito humano, mas como renovação do ser através de um direito do próximo: Recht des Nächsten, Frankfurt a.M. 1958; cf. Reinhard Mehring: Rechstidealismus zwischen Gemeinschaftspathos und Kirchlicher Ordnung. Zur Entwicklung von Erik Wolfs Rechtsgedanken, in: Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte 44 (1992). S. 140-156 (148 ff). Uma contrapartida católica é a tentativa de Günter Küchenhoff de conceituar o direito natural cristão não como os imperativos de amor "batizados" tradicionalmente de Direito natural, mas como "Direito do amor": Naturrecht und Christentum, Düsseldorf 1948, S. 69 ff.

[10] Citado após a reimpressão in: Maihofer (Hg.): Naturrecht (Fn. 8), S. 210-218. A caracterização seguinte de *Daniel Herbe*: Hermann Weinkauff (1894-1981) – Der erste Präsident des Bundesgerichtshofs, Tübingen 2008, S. 163.

ser construído desde seu fundamento. Minhas testemunhas se chamam Erich Fechner (1903-1991) e Werner Maihofer (1918-2009).

Fechner lecionou, após seu doutorado em filosofia junto a Max Scheler e da sua carreira jurídica em Tübingen, filosofia jurídica, sociologia jurídica, Direito social e do trabalho. O pensamento ontológico nuclear de sua "filosofia jurídica", uma "sociologia e metafísica do Direito" (assim disposto no subtítulo), influenciada pela filosofia existencial de Heidegger, "já tinha se condensado ainda durante a época da guerra e nos inesquecíveis dias de encarceramento sob os claros dias na França..." [11] . Consequentemente, serviu a ele, ao lado do "mercado negro", também a prisão como exemplo de educação informal espontânea conforme a "natureza das coisas" (p. 154). Essa tópica jurídica foi cada vez mais discutida em conexão com a renascença do Direito natural, sobre a qual eu aqui, por motivos de tempo, não poderei entrar em detalhes[12]. Para Fechner, a fórmula do "ser integrado" significa: "para a objetividade dos fatores juridicamente estruturados. Em conexão com a filosofia de Scheler e de Nicolai Hartmann sobre a doutrina dos níveis do ser, Fechner diferencia uma variedade de forças ideais e reais da formação do Direito. A busca por fundamentos objetivos do Direito, de limitação do arbítrio humano, resulta, portanto, num "quadro colorido e diferenciado". Dessa forma, está a pessoa no Direito entre sabedoria e ignorância (p. 223). Com isso, a filosofia jurídica de Fechner se aproxima da filosofia da decisão no sentido proposto por Heidegger e Jaspers (p. 244 e ss). Pois, nos raros casos de "verdadeira (existencial) ignorância jurídica" cada momento de glória da vida jurídica seria uma decisão existencial inevitável. E então seguem as frases nucleares:

> Se ela (a decisão existencial) também não é orientada por medidas predeterminadas, assim ela está envolvida em vista do futuro no qual se desenvolve um objetivo do subjetivo. Como toda a decisão criada, é desvelada um pedaço de direito natural obrigatório.

Esse é um direito natural no sentido de um direito existencial, e que só nasce a partir de uma nova ação, e "se comprova como correto dentro e após o ato", "o – subjetivo na sua origem, objetivo no seu propósito – somente é, caso seja ousado (p.

---

[11] *Erich Fechner*: Rechstphilosophie – Soziologie und Metaphysik des Rechts (1956), prefácio. As páginas citadas do texto se referem à segunda edição, Tübingen 1962.

[12] Cf., *Hofmann*: Development (nota de rodapé 2), chapter 3. Phenomenological Recourse to the "Nature of Things". Relacionando o Direito natural com a natureza das coisas tematizou *Gerhard Spranger*: Naturrecht und Natur der Sache, Berlin 1976.

261). Tais projetos têm após Fechner uma dimensão metafísica, porque eles pressupõem uma decisão sobre o “sentido do ser/aí humano” (p. 278).

Werner Maihofer, professor de Direito penal e filosofia do Direito em Saarbrücken, político de direita pelo FDP, Ministro Federal do interior (1974-1978), abordou, na sua tese de livre docência intitulada “Direito e Ser” de 1954, em estilo ambicioso pois em alusão ao famoso livro de Heidegger “Ser e Tempo” de 1927, os grandes temas dos anos de 1950 – Direito natural e a natureza das coisas – , e de forma expressa, seguindo os passos de Heidegger, enriqueceu uma análise ontológica da complexa comunhão social das pessoas através de seus distintos papeis na sociedade, como membro da família, como profissional, consumidor, e assim por diante, resumindo através do seu “ser/como”[13]. Após 1961, o nosso sempre receptivo amigo autor se voltou, contudo, para outras formas de autoridade. O ano da construção do muro de Berlim também foi o ano no qual o professor de Leipzig Ernst Bloch (1885-1977), conhecido autor do “princípio esperança”, radicado no lado ocidental, publicou a sua obra “Direito natural e dignidade humana”[14]. Esta não-doutrinária filosofia jurídica marxista, na forma de uma busca brilhante por vestígios do porvir desde o passado da filosofia jurídica e do Estado, impressionou também Maihofer. Ele se voltou para a antropologia filosófica do materialista Ludwig Feuerbach[15], absorveu os impulsos, que desde 1953 emanavam das primeiras edições manuscritas do “humanista” Marx[16] e mesmo de Bloch. Neste passo, escrevia ele sobre Direito natural como direito existencial; nomeadamente sobre o direito da pessoa a uma vida digna e à existência que mereça ser vivida[17]. Pela ausência de uma determinação de essência animal do ser humano, o direito natural seria um “pré-projeto de autodeterminação histórica do Homem”[18]. Certamente, não se teve em mente com isso um mero decisionismo, mas o avanço permanente do existir em direção a um mundo melhor de

---

[13] *Werner Maihofer*: Recht und Sein – Prolegomena zu einer Rechtsontologie, Frankfurt a.M. 1954.
[14] Cf., *Christof Gramm*: Zur Rechtsphilosophie Ernst Blochs, Pfaffen-weiler 1987.
[15] *Werner Maihofer*: Konkrete Existenz – Versuch über die philosophische Anthropologie Ludwig Feuerbachs, in: Thomas Würtenberger et al. (Hg.) Existenz und Ordnung – Festschrift für Erik Wolf, Frankfurt a.M., 1962, p. 246-281.
[16] Cf., *Siegfried Landshut* (Hg.): Karl Marx, Die Frühschriften, Stuttgart 1953 (a primeira edição com dois volumes foi publicada em 1932). Ver também *Werner Maihofer*: Demokratie und Sozialismus – Recht und Staat im Denken des jungen Marx, Frankfurt a.M. 1968.
[17] *Werner Maihofer*: Naturrecht als Existenzrecht, Frankfurt, a.M. 1963.
[18] *Maihofer*: Konkrete Existenz (nota de rodapé 19). p. 20 e ss.; *Maihofer*: Naturrecht (nota de rodapé 21). p. 50: “Direito natural: ele é para nós o conceito referente à constante evolução e revolução exigida nas relações humanas na vida cotidiana, direcionada à formação de uma verdadeira sociedade humana entre as pessoas.

acordo com o modelo de existência condigna da pessoa com outras pessoas. Esta dinamização do pensamento do Direito natural se baseia numa determinação do humano assegurada através da experiência histórica e da ordem fundamental do interpessoal, sendo inviável o retorno abaixo do nível de humanidade já conquistado. A recepção da doutrina de Bloch por Maihofer atinge seu ponto alto em 1965, em texto escrito em homenagem a Bloch. Ao final de seu texto sobre "Democracia e Socialismo", Maihofer entra em êxtase com o seu "reconhecimento" de que os princípios da revolução francesa de 1789 e da revolução russa de 1917 formariam juntos a "futura sociedade livre e sem classes nesta terra" (que seriam capazes de formar).

3. Filosofia Valorativa do Direito e a "Fórmula de Radbruch"

Voltamos agora, e mais uma vez, para o direito natural católico e à sua aliança com a ética valorativa. Ao lado da doutrina realista do ser aristotélico-tomista, havia sempre uma concepção da existência derivada da ética platônica. Sua forma moderna foi estruturada por Max Scheler na sua ética valorativa material. Ela prometeu critérios morais objetivos, enquanto contradizia materialmente a ética formal de Kant, isto é, os conteúdos dos valores morais determinados como imutáveis, numa concepção intuitiva de existência empírica. Uma ética parecida foi também desenvolvida por Nicolai Hartmann. Uma eficácia ainda mais forte, no mundo desestruturado, teve o renascimento da antiga doutrina aristotélica dos estratos da realidade com sua ordem nivelada das camadas reais do ser, da inorgânica sobre a orgânica, do natural ao espiritual, e da camada ideal do espírito objetivo, nomeadamente a linguagem, a arte, a ciência, e os valores éticos e estéticos[19].

Um exemplo excepcional para a forte influência que a ética valorativa material exerceu nos juristas indecisos é a "tentativa para a refundação do Direito natural", apresentado pelo famoso civilista e historiador do Direito de Frankfurt Helmut Coing sob o título "Os princípios supremos do Direito" em 1947, e na sua obra "Elementos da Filosofia do Direito" de 1950, publicado em várias edições[20]. Devido a uma "perspectiva valorativa" intuitiva, cuja possibilidade atestaram Scheler e Hartmann, ele reconhece, para além da justiça como valor central do Direito, os valores

---

[19] *Nicolai Hartmann*: Das Problem des geistigen Seins (1933), 2ª Aufl. Berlin, 1949; Der Aufbau der realen Welt (1940), 2º Aufl., Meisenheim 1949; 3º Aufl. Berlin 1964.
[20] Ver *Helmut Coing*: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4º Aufl. Berlin/New York 1985.

complementares da confiança, lealdade, veracidade, assim como, no âmbito sócio-político, da dignidade da pessoa e da liberdade, e os valores institucionalizados da família, da Igreja e do Estado. O sentido da vida humana ficaria na realização do valor, a rigor da própria razão, porque sempre ameaçada, e não daquele poder determinante[21] – aquela imensa mudança característica do espírito do tempo. No Direito são mantidos, tipicamente na qualidade de princípios, os requisitos mais importantes da existência humana. Como resultado exsurge um direito natural como "critério para a avaliação do Direito positivo", que perde, numa contradição, sua capacidade de vinculação moral, e, em caso extremo, por motivo de justiça, acaba não sendo aplicado pelo juiz[22].

Nada obstante foi, desde cedo, contrário à suposição de valores absolutos mediante duras críticas[23]. Ainda assim, restou presente nos escritos jurídicos a ética valorativa material, pelo menos com as teses e ditados – comparáveis com a aplicação "ditatológica" de Karl Marx, da ciência de legitimação do socialismo real da RDA[24]. O retorno aos valores sinaliza simplesmente a recusa ao positivismo jurídico, que era a suposta raiz de todos os males. Quem, contudo, construiu, como o fez, ainda em 1964, o penalista de Hamburgo Heinrich Henkel (1903-1981), sua filosofia do Direito a partir de uma "doutrina dos valores", precisou tentar sobreviver sem a ajuda da metafísica[25]. Na medida em que os valores se modificam para "estimativas de valores sociais" e "tendências de preferência", encerra-se aqui a metafísica da doutrina dos valores do Direito como uma espécie de sociologia do Direito.

Efeito sustentável como a tentativa de encontrar certezas normativas num mundo platônico de valores eternos, produziu a cultura relativista filosófica da filosofia valorativa do Direito, assim como desenvolvida por Gustav Radbruch em conexão com a Escola do neokantismo do sudoeste alemão já antes da primeira guerra mundial[26].

---

[21] op. cit., p. 129.
[22] op. cit., p. 211 e 291.
[23] Cf., dentre outros, *Wilhelm Weischedel*: Recht und Ethik, Karlsruhe, 1956 (2ª Aufl. 1959). Em síntese, *Ernst- Wolfgang Böckenförde*: Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: *Reinhard Löw* (Hg.) Oikeiosis – Festschrift für Robert Spaemann, Weinheim 1987, S. 1-21. A crítica filosófica mais fundamental encontra-se de resto já em 1937 num membro do "círculo de Viena": *Victor Kraft*: Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre, 2ª Aufl., Wien 1952.
[24] Cf., *Wolf Paul*: Die zwei Gesichter der marxistischen Rechtstheorie, in: *Arthur Kaufmann et al* (Hg.) Rechtsstaat und Menschenwürde – Festschrift für Werner Maihofer, Frankfurt a.M. 1988, S. 329-354 (341).
[25] Cf., *Heinrich Henkel*: Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964, S. 148 e ss, 236-260.
[26] Cf., *Hasso Hofmann*: From Jehring to Radbruch, in: *Enrico Pattaro* (Hg.): A Treatice of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Vol. 9. Dordrecht et al. O. 2009, S. 301-354 (347 ff).

Posteriormente, formou-se a "ideia de Direito", na qual o conceito de Direito está alinhado, em três partes de formação, ainda que contraditórias entre si, pertencentes a mesma estrutura: A conveniência da força positiva da segurança jurídica do Direito, e da ideia da Justiça, que, embora absoluta e universalmente válida, é apenas formal, e a necessidade do preenchimento relativo da filosofia cultural através das ideologias liberais, democráticas, socialistas ou conservadoras. Com uma formulação que se tornou conhecida, Radbruch estabeleceu em 1946 a antinomia entre segurança jurídica e Justiça, conduzindo-a no sentido de uma experiência de limites:

> O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve ser solucionado de tal modo que o direito positivo, assegurado através de regulação e do poder, tenha sempre supremacia, ainda que o conteúdo legal seja injusto ou inconveniente, a menos que a oposição do direito positivo à justiça atinja uma medida tão insuportável que a lei como "direito incorreto" deva ceder à justiça.[27]

Esta assim chamada fórmula Radbruch destina-se ao ponto crítico de muitos processos penais do período pós-guerra, especificamente à pergunta se a validade formal do Direito nacional-socialista poderia levar à justificação de ações criminosas. Logicamente esta concentração à validade do Direito da fórmula de Radbruch auxiliou para uma nova atualidade, quando após a reunificação alemã, os soldados da fronteira da Alemanha oriental, que tinham assassinado as pessoas que tentavam atravessar o muro ("proteção do muro"), apelavam diante dos Tribunais à justificação pelo regime jurídico da fronteira da Alemanha oriental. Para a confirmação das sentenças condenatórias, tanto o Tribunal Federal de Justiça quanto o Tribunal Constitucional Federal se valeram dos pensamentos de Radbruch.[28]

---

[27] *Radbruch*: Gesetzliches unrecht (nota de rodapé 9), S. 107 bzw. 89. Em virtude de sua outrora forte ênfase da garantia da segurança jurídica através da positivação do Direito, Radbruch era tido como positivista. Após a publicação de sua "fórmula", pensamos que Radbruch tivesse se convertido ao Direito natural, especialmente por ele ter tornado explicitamente conhecida a velha visão de que existiria um "direito mais elevado" sobre a Lei, um direito natural, um direito divino, um direito racional, ou seja um direito supralegal, no qual a injustiça permanece injusta, mesmo que esteja na forma legal. (Gustav Radbruch: Die Erneuerung des Rechts, in: Die Wandlung, 2 [1947]., S. 8-16). Claro que a coisa não é tão simples assim em termos de conceitos complexos de Radbruch. Pelo contrário, por um lado isso tem a ver com uma certa mudança de ênfase dentro do conceito jurídico, e por outro com a experiência, que sobre os pensamentos de igualdade são relacionados com o conceito de justiça formal que em situações extremas envolvem a determinação material de uma negação de uma injustiça concreta. "Enquanto...a negação é uma *determinada* negação, ela tem um conteúdo" (Hegel). Este protesto moral contra os delitos do Estado podemos designar de uma mudança do Direito natural. Porém, Radbruch não era um positivista no sentido da simples "lei é lei" também em período pretérito com a sua filosofia jurídica valorativa.

[28] Cf., por todos, *Horst Dreier*: Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: Juristenzeitung 52 (1997), S. 421-434; por último *Hans West*: Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen? Nationale Strafverfolgung von staatlichen Systemverbrechen mit Hilfe der Radbruch'schen Formel, Tübingen 2006.

4. Fim da Renascença do Direito Natural: A Constituição da República Federativa da Alemanha como uma "Ordem Objetiva de Valores"

Apesar das duras críticas científicas, o Direito natural e a fundamentação valorativa absoluta do Direito não sucumbiram por ausência de racionalidade: foram as circunstâncias[29]. Mediante a estabilização das relações, a literatura do Direito natural, enquanto um modo de "literatura de dominação"[30], perdeu terreno fértil e espaço de ressonância. O "milagre econômico"[31] desencadeado através do *boom* de exportações que se seguiu à guerra da coreia 1950-1953 trouxe um efeito colateral, qual seja o desvanecimento na doutrina social católica dos pensamentos tão importantes da vinculação social da propriedade. Da "socialização", que teve uma obra representativa[32] da renascença do direito natural católico ainda em 1956 como o "trem do tempo", não representava mais o discurso seriamente. O assim designado programa Ahlener do CDU, que em 1947, no espírito do socialismo cristão, previa a nacionalização da mineração e da indústria pesada, acabou caindo no esquecimento; o art. 15 da Lei Fundamental, que inaugurou a possibilidade de socialização "da terra e do solo, dos recursos naturais e dos meios de produção", de forma alguma penetrou na consciência pública social alemã.[33]

O pensamento do direito natural desenvolveu uma certa e difícil vida própria na jurisprudência dos Tribunais superiores, nomeadamente na judicatura do Tribunal Federal de Justiça alemão, conduzido pelo já citado jurista do Direito natural Hermann Weinkauff[34]. Aqui ele não apenas serviu para o processo e julgamento dos crimes do nacional-socialismo, mas também para a superação das consequências jurídicas da ruptura estatal, como, por exemplo, a tentativa de restaurar a família tradicional e a moral sexual. O Tribunal qualificou como "fornicação", no sentido jurídico-penal, numa "monstruosa" decisão (Arthur Kaufmann), a cópula dos noivos, de acordo com a eterna e imutável Lei dos costumes de 1954[35]. A ordem de criação deveria também

---

[29] Já nesse sentido *Neumann*: Rechtsphilosophie (nota de rodapé 4), p. 158.
[30] Eric Hilgendorf: Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 e 1985, Würzburg, 2005, p. 28.
[31] Cf., *Wehler*: Gesellschaftsgeschichte (nota de rodapé 4), p. 48 e ss, 67 e ss, 153 e ss.
[32] *Auer*: Der Mensch hat Recht (nota de rodapé 7), p. 15.
[33] Cf., *Wolf Rosenbaum*: Naturrecht und positives Recht, Neuwied/Darmstadt 1972, p. 108 e ss.
[34] Nesse sentido, do espectro literário: *Hermann Weinkauff*: Der Naturrechtsgedanke in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs, in: Neue Juristische Wochenschrift 13 (1960), p. 1689-1696, que, no entanto, exagerou a tendência. De modo abrangente, Kühl: Kontinuitäten (nota de rodapé 4), p. 620 e ss. Pormenorizado também *Herbe*: Weinkauff (nota de rodapé 14), p. 175 e ss.
[35] BGHSt 6,46 (52 e ss). Sobre o clima moral destes anos, cf. Sybille Steinbacher: Wie der Sex nach Deutschland kam – Der kampf um Sittlichkeit und Anstand in der frühen Bundesrepublik, München 2011, p. 50 e ss.

servir à defesa do tradicional direito da família patriarcal[36]. Até mesmo a nova Constituição experimentou uma relativização do Direito natural: consoante o Direito natural, seriam distinguíveis o direito constitucional de maior relevância e o de menor relevância, inclusive com a possibilidade da existência de um "direito constitucional inconstitucional". O princípio da igualdade e a garantia da propriedade do Direito natural protegeu, sob certas circunstâncias, até mesmo contra a lei constitucional vigente, os direitos salariais e de pensão dos servidores públicos[37]. Neste campo, Weinkauff conduziu o Tribunal da Justiça Federal, o antigo conselho do Tribunal do Império, a uma agitada controvérsia com o Tribunal Constitucional Federal. Tais juízes tinham sentenciado em 1953 no sentido de que todos os postos do serviço público tinham sido extintos no exato dia da capitulação alemã, porque o regime de Hitler, de forma planejada, havia destruído a neutralidade político-partidária da administração pública através do vínculo pessoal de lealdade a Hitler[38]. Isso contradizia de forma muito forte o Tribunal de Justiça Federal – em harmonia com grande parte da literatura. A agressiva repreensão judicial na decisão culminou na acusação de que o Tribunal Constitucional Federal havia, neste ponto central, prolatado "uma sentença histórica e valorativa, e não jurídica", recusando-se expressamente em segui-lo.[39]

Só à luz desta concorrência institucional no âmbito da organização judicial da jovem República Federal da Alemanha, entre a Justiça tradicional e a nova competência da jurisdição constitucional,[40] mostra-se o completo significado de cada decisão do Tribunal Constitucional Federal, através do qual a República Federal, como se disse, pelo "renascimento da ordem jurídica advinda do espírito dos direitos

---

[36] BGHZ 11, anexo 34 e ss (40). Na sequência também BayVerfGH 2, 45 (49); 3, 28 (48 e ss); Além disso, BGHSt 4, 385 (389 e ss).

[37] BGHZ 11, anexo 81.

[38] BVerfGE 3,58 (assim designada decisão dos servidores). Para esta e outras análises jurídico-estatais da problemática, v. *Rolf Grawert*: Der Zusammenbruch des Staates und das Schicksal seiner Beamtenschaft im Spiegel der Nachkriegsliteratur, in: Friedrich Georg Schwegmann (Org.): Die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums nach 1945 – Geburtsfehler oder Stützpfeiler der Demokratiegründung in Westdeutschland?, Düsseldorf 1986, p. 25-46.

[39] BGHZ 13, 265 (299,301). O Tribunal Constitucional Federal rejeitou, mais tarde, fortemente esta crítica na chamada "decisão Gestapo" e reafirmou sua concepção jurídica: BVerfGE 6,132 (167 e ss). Esta decisão, contudo, não encontrou eco dentre os especialistas, porque a acomodação, ou seja, o fornecimento do círculo de pessoas afetadas neste meio tempo consoante o art. 131 da Lei Fundamental já estava avançado. Recentemente *Norbert Frei*: Transformationsprozesse. Das Bundesverfassungsgericht als vergangenheitspolitischer Akteur in den Anfangsjahren der Bundesrepublik, in: Michael Stolleis (Org.): Herzkammern der Republik, München 2011, p. 64-81 (72-78).

[40] Nesse sentido, pormenorizadamente *Jörg Requate*: Der Kampf um die Demokratisierung der Justiz, Frankfurt a.M/New York 2008, p. 36 e ss, 43 e ss, 50 e ss.

fundamentais"[41], ou melhor, (teria) se erguido do batismo[42]. Trata-se da chamada decisão-Lüth, nomeada de acordo com o autor da ação, que diversas vezes, e ostensivamente, conclamou um boicote público de um novo filme de Veit Harlan – outrora diretor do filme de incitação antissemita "Jud Süss", e que foi condenado a se abster devido à ofensa aos bons costumes do seu agir face ao código civil alemão[43]. Com a cassação deste julgamento no juízo civil pelo Tribunal Constitucional Federal no início de 1958, inicia-se o processo de "constitucionalização" de toda a ordem jurídica alemã ocidental, ou seja, o alinhamento de seu conteúdo à Lei fundamental enquanto um "sistema valorativo"[44]. O Tribunal constitucional reconheceu no catálogo de direitos fundamentais da Lei fundamental nomeadamente uma "ordem objetiva de valores", que proibiu considerar a liberdade política de pensamento, expressão constitucionalmente protegida, como contrária aos bons costumes da lei civil. Esta ordem valorativa fortaleceu sobremaneira a validade dos direitos fundamentais, e "irradiou" a todos os âmbitos do Direito e da administração da justiça como um "sistema" exclusivo[45]. Em outras palavras, em texto claro: remissão ao Direito supralegal só pode ser considerada na República Federal da Alemanha como a ordem valorativa da Lei Fundamental, que é interpretada de forma vinculante e isolada pelo Tribunal Constitucional Federal. Com esta posição clara de competência jurídica, torna-se irrelevante a distinção entre Direito constitucional e Direito natural. Dito de forma existencial: o projeto constitucional de 1949 *se tornou* direito natural.

Não obstante, já estava pré-formado o pensamento do sistema valorativo dos direitos fundamentais através do constitucionalista de Tübingen, Günter Dürig. Em 1956, ele projetou "um sistema valorativo praticável dos direitos fundamentais" a partir da dignidade da pessoa humana do art. 1º da Lei Fundamental e da garantia do núcleo essencial de todos os direitos fundamentais no art. 19, § 2º da Lei Fundamental[46], e que se tornou o fundamento de seu comentário ao art. 1º da Lei

---

[41] *Rainer Wahl*: Die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Org.): Handbuch der Grundrechte, Vol. I, Heidelberg 2004, p. 745-781 (746).

[42] *Gerd Roellecke*: 75 Jahre Grundgesetz, in: Rechtshistorisches Journal 19 (2000), p. 632-636 (633).

[43] BVerfGE 7, 198. Cf., *Thomas Henne/Arne Riedlinger* (Org.): Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht, Berlin 2005.

[44] Cf., *Rainer Wahl*: Herausforderungen und Antworten, Berlin 2006, p. 32 e ss.; *Jörn Ipsen*: Der Staat der Mitte, München 2009, p. 314 e ss.

[45] BVerfGE 7, 198 (205).

[46] *Günter Dürig*: Der Grundsatz von der Menschenwürde – Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art.1 Abs I in Verbindung mit art. 19 Abs II des Grundgesetzes, in: Archiv des öffentlichen Rechts 81 (1956), p. 117-157. Cf., *Hasso Hofmann*: Methodische Probleme der juristischen

Fundamental em um grande e influente comentário à Constituição[47] publicado em 1958. Sem embargo, o discurso sobre um "sistema valorativo de direitos fundamentais" não era novo. Já na famosa briga metódica da doutrina do direito do Estado de Weimar dissertou sobre isso o teórico da integração Rudolf Smend, porém sem cunho dogmático, mas no sentido de um "sistema cultural", concebido na perspectiva de uma interpretação histórica[48]. A mistura peculiar de Dürig da filosofia valorativa e do Direito natural essencial católico, uma espécie de filosofia crédula, foi pensada em termos a-históricos e atemporais. Este foi o motivo para um processo inacreditável de idealização e eticização, ou mesmo de sacralização da nossa Constituição face a baixa ressonância no início de 1949.[49]

II Era das Reformas, Planejamentos e Teorias

1. Reformas e Planejamentos

No contexto da "guerra fria", a jovem República Federal da Alemanha recebeu um apoio externo que resultou, para a história alemã, numa nova "integração ocidental".[50] A ele seguiu-se, inevitavelmente, em maior ou menor escala, uma orientação ocidental interna – a partir da liberalização e modernização da sociedade através da dissolução dos ambientes tradicionais, da pluralização das formas de vida, até uma certa "americanização" das ideias políticas e culturais – apesar de todas as tendências restaurativas ("ocidentais") no serviço cultural anticomunista.[51] Complicado

---

Menschenwürdeinterpretation, in: Ivo Appel/Georg Hermes (Org.): Mensch – Staat – Umwelt, Berlin 2008, p. 47-78 (51 e ss).

[47] *Theodor Maunz/Günter Dürig* (Org.): Grundgesetz-Kommentar, München desde 1958 (Lose-Blatt-Werk). Houve protestos de professores de Direito do Estado contra a substituição deste comentário por um texto mais moderno, destacando a importância histórica do projeto de Dürig.

[48] Nesse sentido, com exemplos concretos *Hasso Hofmann*: "In Europa kann's keine Salomons geben". – Zur Geschichte des Begriffespaares Recht und Kultur, in: ibidem: Recht und Kultur, Berlin 2009, p. 32-64 (50 e ss, 55 e ss).

[49] Cf., com exemplos concretos *Uwe Volkmann*: Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: VVDStRL 67 (2008), p. 57-93 (62 e ss, 66 e ss); *Horst Dreier*: Gilt das Grundgesetz ewig? München: Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 2009, p. 102 e ss, 112 e ss, com indicações enfáticas sobre os perigos deste desenvolvimento.

[50] Cf., *Hasso Hofmann*: Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Org.): Handbuch des Staatsrechts, vol. I, 3ª ed. Heidelberg 2003, p. 355-421 (373 e ss, 382 e ss).

[51] *Ralf Dahrendorf*: Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1965, p. 10. Por todos, *Ulrich Herbert*: Liberalisierung als Lernprozess, in: *ibidem* (Org.): Wandlungsprozesse in Westdeutschland, 2ª ed. Göttingen 2003, p. 7-49 (25 e ss).; *Manfred Görtemaker*: Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, München 1999, p. 253 e ss.

tornou-se o processo difícil de adaptação através da ingerência de um novo movimento juvenil mediante exageros e radicalizações, indo até a um terrorismo de esquerda. Todos, em parte pela antiga falta de abertura e liberalidade que pareciam aos jovens resquícios do "fascismo", os quais culpavam seus pais, enquanto eles, da geração de 68, se autointitulavam como a alavanca da nova onda modernizante[52]. Na historiografia da República Federal da Alemanha, foi registrada uma profunda mudança nas relações sociais, políticas e mentais como a "reorganização da República"[53], como a "tentativa de uma nova fundação interna"[54], ou simplesmente como o "tempo de reforma"[55]. A rigor, relacionam-se a isso os anos da (primeira) grande coalisão e do (primeiro) mandato do chanceler Willy Brandt, de 1966 a 1972. Lembremo-nos, neste sentido, dos grandes atos legislativos sobre economia e política financeira forjados no espírito de uma governança global estatal, bem como nas reformas, através das quais o Direito penal foi alterado, especialmente pela flexibilização da proibição do aborto e da liberalização do direito penal sexual. Neste âmbito, as modernas discussões apaixonadas dos anos 1960 levaram em conta também a grande reforma do direito de família e do matrimônio, que finalmente entraram em vigor em 1976. O zelo acerca da reforma foi levado através de um inacreditável otimismo concernente ao futuro – antes da grande reforma previdenciária de 1972, calculava-se um crescimento econômico anual de 5% - um verdadeiro plano eufórico[56]. Ela foi de tal modo pronunciada, que o sociólogo da cultura Friedrich Tenbruck (1919-1994), que escreveu sua tese de doutorado no ano de 1944 sobre a crítica de Kant da razão pura, em 1972 publicou um estudo sobre "a crítica da razão planejada"[57]. Esperança no futuro como "planejamento eufórico" fundada na confiança de ser possível controlar o desenvolvimento econômico e social conforme análises científicas através de um planejamento profissional livre de ideologia. Consequentemente, a reforma política estimou altamente o significado da

---

[52] Nesse sentido, *Wehler*: Gesellschaftsgeschichte (nota de rodapé 4), p. 277 e ss, 310 e ss.

[53] *Görtemaker*: Geschichte (nota de rodapé 58), p. 475. Na sequência, *ibidem*, p. 516 e ss.

[54] *Wolfgang Jäger*: Die Innenpolitik der sozialliberalen koalition 1969-1974, in: Karl Dietrich Bracher et al (Org.): Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, vol. 5/1, Stuttgart/Mannheim 1986, p. 15-160 (15).

[55] *Eckart Conze*: Die Suche nach Sicherheit – Eine Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, München 2009, p. 311 e ss. Na sequência, *ibidem*, p. 370 e ss, 402 e ss.

[56] O teórico do Direito do Estado de Freiburg Kaiser explicou o planejamento como um "conceito chave do nosso futuro" na inauguração de uma série antológica de publicações sobre este tema já em 1965: *Joseph H. Kaiser* (Org.): Planung I, Baden-Baden 1965, p. 7. (com ênfase em ordem). Do espectro da literatura apenas uma indicação do emprego do tema planejamento típico da era neomarxista: Fritz W. Scharpf: Planung als Politischer Prozess, Frankfurt a.M. 1973, p. 135-150: Reforma política no capitalismo tardio.

[57] *Friedrich Tenbruck*: Zur Kritik der planenden Vernunft, Freiburg/München 1972.

formação educacional e da ciência. O resultado foi igualmente uma forte e larga discussão política da formação educacional, assim como a ampliação e a refundação das universidades – e para os grandes Estados federados, de maneira característica, trouxe igualmente elementos de uma abrangente ordem espacial e política de infraestrutura[58]. Cobertas foram as leis de planejamento estadual, da lei da ordem espacial, uma lei de enquadramento da federação (1965), e do programa de ordenação espacial da federação (1975). Dentro de poucos anos, surgiu uma nova área diversificada do Direito: o Direito do planejamento[59]. Tudo isso pôs em xeque o papel tradicional dos juristas e a maneira tradicional de sua formação. Ressonante foi a aquisição requerida da competência científico-social: de um lado, conforme o modelo *social engeneering* (Roscoe Pound), de outro lado, conforme os ideais de emancipação da assim designada teoria crítica da sociedade[60]. A partir do Direito do planejamento, alterou-se, além disso, a visão sobre o Direito em geral. Isto foi demonstrado nomeadamente pelo teórico da sociedade Niklas Luhmann (1927-1998), que era jurista, aliás (e isso é importante), um jurista especializado em Direito administrativo.

2. Teorias

Luhmann, criador de uma teoria sistêmica, também filosoficamente relevante, em consonância à sua pretensão universal, na qual a sociedade não é ontologicamente conceituada como uma inteireza abrangente de partes, mas funcionalmente como um processo operativo fechado de comunicação social, pertencente a uma das teorias mais populares e exitosas no âmbito da língua alemã[61], e que foi apresentada em 1971 num congresso mundial sobre Direito e filosofia social realizado em Madrid. O congresso foi dedicado às “funções do Direito” – concebivelmente distante de toda a filosofia valorativa do Direito –. Luhmann colocou o tema sob o aspecto temporal do passado e do presente, da estabilização normativa e da mudança planejada das relações sociais,

---

[58] Uma ilustração exemplar fornece *Anne Rohstock*: Von der “Ordinarienuniversität” zur “Revolutionszentrale”? – Hochschulreform und Hochschulrevolte in Bayern und Hessen 1957-1976, München 2010.

[59] Para uma visão geral: *Michael Ronellenfitsch*: Einführung in das Planungsrecht, Darmstadt 1986.

[60] Cf., *Rudolf Wassermann* (Org.). Justizreform, Neuwied 1970; *Rüdiger Lautmann*: Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz, Stuttgart e outros locais 1971; *Eberhard Knittel*: Sozialwissenschaften und Rechtspraxis in der Juristenausbildung, Marburg 1973; *Winfried Hassemar/Wolfgang Hoffmann-Riem/Jutta Limbach*: Juristenausbildung zwischen Experiment und Tradition, Baden-Baden 1986; em resumo *Requate*: Kampf (nota de rodapé 47), p. 161 e ss., 259 e ss.

[61] Cf., especialmente *Thomas Huber*: Systemtheorie des Rechts, Baden-Baden 2007.

e apontou para a pergunta se com as progressivas mudanças das normas jurídicas no contexto da mudança social, no fim, não "(alteraria) o próprio sentido da normatividade"[62]. Porque se, assim como Luhmann, a convicção toma espaço, no sentido de que no Direito as valorizações necessárias precisam, em última análise, ser justificadas através das suas consequências[63], sentencia-se sobre o justo e o injusto, nomeadamente, em consonância com os planejamentos relacionados ao futuro, o que, no fim, recrudesce o peso da prognose das consequências da decisão, e com isso a relevância das ciência sociais para a jurisprudência à custa da dogmática jurídica[64]. Com isso, não está em jogo menos do que "o sentido do dever ser". Isso porque os princípios do dever ser estabilizam a conduta em conformidade com a norma, sancionando, em retrospecto, a ocorrência de uma violação normativa como injusta[65].

A discussão modernizante criticada por Luhmann do "tempo da reforma" não se preocupou tão somente com a dogmática jurídica tradicional, mas abrangeu também, e evidentemente, a filosofia jurídica tradicional orientada pelo valor da Justiça. Neste campo, assim como, em geral, na filosofia, havia muito trabalho a ser realizado na Alemanha[66]. Comparável ao processo no qual desde o final da década de 1950 trouxe de volta aos cânones educacionais das escolas e das Universidades as conquistas culturais excluídas a partir de 1933, a filosofia recorreu aos desenvolvimentos teóricos anglo-saxônicos, em boa parte devidos aos emigrantes alemães. A teoria crítica da sociedade ganhou influência, de modo que a própria fundação institucional da República de Bonn queria seguir a "fundação intelectual" de Frankfurt[67] e o neopositivismo do "círculo de Viena" relativo à recém-inaugurada "filosofia analítica" de Moritz Schlick e Paul Carnap[68]. Ele tinha se comprometido a

---

[62] *Niklas Luhmann*: Die Funktionen des Rechts, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, cadernos, nova edição 8 (1974), p. 31-45 (32).
[63] Cf., *Adalbert Podlech*: Wertungen und Werte im Recht, in: Archiv des öffentlichen Rechts 95 (1970), p. 185-223.
[64] Contra isso se volta *Niklas Luhmann*: Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart e outros locais, 1974, p. 55.
[65] *Luhmann*: Funktionen des Rechts (nota de rodapé 69), p. 36 e ss.
[66] Cf., *Ernst Topisch* (Org.): Logik der Sozialwissenschaften, köln/Berlin 1965, p. 13 e ss (prefácio).
[67] Neste sentido, *Clemens Albrecht* et al (Org.): Die intellektuelle Gründung der Bundesrepublik – Eine Wirkungsgeschichte der Frankfurter Schule, Frankfurt a.M./New York 1999.
[68] Cf., *Eric Hilgendorf* (Org.): Wissenschaftlicher Humanismus – Texte zur Moral – und Rechtsphilosophie des frühen logischen Empirismus, Freiburg e outros locais 1998; *Plümacher*: Philosophie (nota de rodapé 1). p. 77 e ss; 87 e ss; *Eric Hilgendorf*: Rechtsphilosophie im vereinten Deutschland, in: Philosophische Rundschau 50 (1993), p. 1-33 (14 e ss); *Delf Buchwald*: Der Begriff der rationalen juristischen Begründung – Zur Theorie der juridischen Vernuft, Baden-Baden 1990.

resolver ou dissolver os problemas filosóficos através da crítica linguística[69]. Para este afastamento antimetafísico das coisas, nomeadamente os objetos tão-somente pensados, em relação às declarações, conceitos, princípios e axiomas das ciências, naturalizou-se o termo *linguistic turn* trazido ao círculo de debates por Richard Rorty na sucessão do "círculo de Viena"[70]. Nas obras de Rorty surge, além disso, a introdução categorial da filosofia analítica na crítica linguística, lógica, retórica, hermenêutica e pragmática. No trabalho posterior da filosofia jurídica aparecem expedientes correspondentes como designações de disciplinas parciais da teoria jurídica. Em 1970, foram fundados um periódico "teoria jurídica", lógica, doutrina dos métodos, cibernética e sociologia"[71] e um "anuário de sociologia jurídica e teoria jurídica"[72]. Em relação a este último, seu segundo volume foi dedicado à "teoria jurídica como fundamento científico da ciência do Direito" e colacionou um rol das seguintes rubricas: teoria do reconhecimento jurídico, lógica jurídica, teoria sistêmica e conceitual do Direito, teorias informativa e decisional do Direito, teoria argumentativa e linguística do Direito[73]. Já em 1971, a discussão forneceu material para dois volumes coletivos sobre o tema "teoria jurídica"[74]. A riqueza dos aspectos – em comparação, na melhor das hipóteses, com o efeito abrangente da renascença do direito natural pós 1945[75] – fez com que fosse impossível responder a pergunta sobre o objeto verdadeiro

---

[69] Cf., *Victor Kraft*: Der Wiener Kreis – Der Ursprung des Neopositivismus, Wien 1950, 2ª ed. 1968; 3ª ed. 1997; *Eike von Savigny*: Die Philosophie der normalen Sprache – Eine Kritische Einführung in die "ordinary language philosophy", Frankfurt a.M. 1969, nova edição 1993.

[70] *Richard M. Rorty* (Org.): The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method, Chicago 1967. Cf., também *Andreas Graeser*: Positionen der Gegenwartsphilosophie, München 2002, p. 30 e ss. "Sprachliche Wende".

[71] Organizadores: Karl Engisch, H.L.A Hart, Hans Kelsen, Ulrich Klug, Sir Karl R. Popper. Em 2005 celebra a „filosofia do Direito", numa circunstância feliz, um subtítulo modificado: "Revista de lógica, doutrina dos métodos jurídicos, informática jurídica, pesquisa comunicacional, teoria da ação e da norma, sociologia e filosofia do direito". Com a contribuição "O estado atual da doutrina pura do Direito" de Robert Walter no primeiro volume da Revista Teoria Jurídica de 1970 (p. 69-95) também se encontra incursa na discussão a teoria da norma de Kelsen até então bastante difamada; Cf., *Horst Dreier*: Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre, Wien 2001. p. 23 e ss.

[72] Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, vol. 1: Die Funktionen des Rechts in der modernen Gesellschaft, publicado por Rüdiger Lautmann, Werner Maifofer e Helmut Schelsky, Bielefeld 1970.

[73] Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 2 vol: Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaften der Rechtswissenschaft, publicado por Hans Albert, Niklas Luhmann, dentre outros, Düsseldorf 1972.

[74] *Günther Jahr/Werner Maihofer* (Org.): Rechtstheorie – Beiträge zur Grundlagendiskussion, Frankfurt a.M. 1971; *Arthur Kaufmann* (Org.): Rechtstheorie – Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis, Karlsruhe 1971. Na obra de Kaufmann surge a teoria jurídica como „teoria científica analítica", "reflexão crítica", "protojurídico", e como "teoria sistêmica".

[75] *Hans-Peter Schneider*: Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz, in: Alexander Hollerbach et al (Org.): Mensch und Recht – Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1972, p. 108-136 (108). Cf., também *Karl-Ludwig Kunz*: Die Analytische Rechtstheorie: Eine "Rechts"-theorie ohne Recht?, Berlin 1977, com crítica principal à suposta recepção cultural equivocada do modelo analítico da teoria jurídica.

da teoria jurídica. O Direito deveria ser a lei, a estrutura da norma jurídica ou o sistema jurídico, a dogmática, a interpretação ou a aplicação do Direito, ou a argumentação jurídica? Em todo o caso, o termo permaneceu como cifra de uma cientificidade livre da metafísica e como abertura perante as ciências sociais até o seu trabalho próprio para a modernidade[76]. "A filosofia jurídica está morta. Viva a teoria jurídica!" Por meio desta fórmula, Ralf Dreier trouxe o espírito da época de 1974 para dentro de sua aula inaugural que abordou os rumos das reformas, especialmente para a "teoria geral do Direito", cátedra fundada em Göttingen.[77]

1. Teoria Jurídica Analítica e discussão de métodos

a) Teoria Jurídica Analítica

O momento mais importante na discussão alemã da teoria jurídica analítica da linguagem foi a sua consequência neopositivista, exatamente do modo como foi apresentada na obra, traduzida em 1973 para o alemão, do professor de Oxford Herbert Hart intitulada "The Concept of Law"[78] – um marco da história teórica após a "doutrina

---

[76] Cf., *Hubert Rottleuthner*: Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt a.M. 1973. Para a crítica em geral *Wolfgang Naucke*: Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, Frankfurt a.M. 1972. Por oportuno *Eric Hilgendorf*: Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985, Würzburg 2005, p. 48: "como tu compreendes isso com as ciências sociais?" Se tornou precisamente na década de 1970 a questão fulcral da jurisprudência alemã. Ver também *Dieter Grimm*, que procedeu a observação no seu volume coletivo Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, vol 1, Frankfurt a.M. 1973, p. 7, "este livro é uma expressão da auto-segurança desvanecida do Direito".

[77] *Ralf Dreier*: Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?, Tübingen 1975, agora in, ibidem: Recht-Moral-Ideologie, Frankfurt a.M. 1981, p. 17-47 (17). Em vista da crítica à jurisprudência dogmática do início ao fim do século 19 (cf., *Annette Brockmöller*: Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland, Baden-Baden 1997, p. 47 e ss; 238 e ss.) *Eric Hilgendorf* discorreu num estudo muito instrutivo acerca da "Renascença da Teoria Jurídica entre 1965 e 1985" (cf., nota de rodapé 83). De fato, o "naturalismo jurídico" de Rudolf von Jhering (1818-1892) inaugurou em várias facetas a pergunta posta sobre as determinantes *reais* das decisões judiciais, e realmente o discípulo de Jhering *Adolf Merkel* (1836-1896) fomentou uma transformação da filosofia jurídica em uma "doutrina geral do Direito" (Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft, in: Franz von Holtzendorff (Org.): Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 5ª ed. 1890, p. 5-91 (89)), que distingue fortemente o "direito real e seus fundamentos factuais, bem como a forma do seu efeito legal", e o "dever ser jurídico e suas relações ideias". Também não é de ser negar que o "jurista socialista" Anton Menger (1848-1906) já identificava o desenvolvimento da ciência jurídica em uma política científica da sociedade (a isso em específico e com demonstrações *Hofmann*: From Jhering to Radbruch (nota de rodapé 33), p. 308 e ss, 315 e ss). A diferença essencial para a teoria jurídica de por volta de 1970 fez-se através da transformada filosofia analítica de base teorético-científica modificada. Cf., *Wolfgang Stegmüller*: Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, vol. I: Wissenschaftliche Erklärung und Begründung, Berlin e outros locais 1969; ver também *Walter Schulz*: Philosophie der veränderten Welt, Pfullingen 1972, p. 68 e ss, 76 e ss.

[78] Herbert Lionel Adolphus Hart: The Concept f Law, Oxford 1961, 2ª ed. 1984, traduzido do inglês para o alemão, Der Begriff des Rechts, Frankfurt a.M. 1973. Uma recepção mais antiga: Horst Eckmann:

pura do Direito" de Hans Kelsen[79]. O essencial é a estrita separação definitivo-conceitual de Direito e moral, isto é, a definição científica do Direito sem todos aqueles predicados da Justiça, e a exclusiva análise linguística do conceito de Direito através do reconhecimento simultâneo da possibilidade da crítica moral racional (contudo tão-somente moral) dos conteúdos do Direito[80]. Esta teoria científica "refinada" do positivismo jurídico vincula, portanto, o conceito do Direito às regras formais de produção jurídica a um aparato vinculante estatal; não reduz com isso o Direito a apenas ordens, mas reconhece também o direito judicial e costumeiro, e não deduz nenhuma obrigação de cumprimento a partir da mera definição do Direito. Ainda mais aguda é a separação entre a perspectiva de observação externa com a sua distinção contraditória de Direito e Não-Direito, e da perspectiva decisória interna judicial relativa ao antagonismo entre Direito e Justiça. Assim eram, por exemplo, as leis raciais do nacional-socialismo na perspectiva de observação em consonância com o antagonismo do Direito e do Não-Direito válido, ainda que um Direito pervertido, do antagonismo Direito-Injustiça da perspectiva decisória determinada, porém injusta. Falando de modo crítico: O Direito legal não pode ser simultaneamente Não-Direito, porém pode ser injusto.

Essa reabilitação de um positivismo jurídico teorético-científico foi estruturada a partir de uma visão crescente de que o veredito de Radbruch, no qual o positivismo jurídico teria deixado os juristas alemães sem meios de defesa contra as perversidades do regime nacional-socialista[81], não corresponderia à realidade. De fato, a perversão resultou menos da obediência estrita à legislação nacional-socialista, do que de uma interpretação ideológica não reprimida e instrumentalizada das leis existentes.[82]

Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie – Zum Begriff des Rechts in der Rechtstheorie de H.L.A Hart, Berlin 1969.

[79] *Hans Kelsen*: Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig/Wien 1934. Cf., *Peter Koller*: Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert: Hans Kelsens Reine Rechtslehre und H.L.A Harts "Concept of Law", in: Ota Weinberger/Werner Krawietz (Org.): Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Wien/New York 1988, p. 129-1978.

[80] Cf., *H.L.A. Hart*: Recht und Moral – Drei Aufsätze, traduzido e com uma introdução de Norbert Hoerster, Göttingen 1971. Na sequência, *Norbert Hoerster*: Verteidigung des Rechtspositivismus, Frankfurt a.M. 1989.

[81] Ver acima na nota de rodapé 10.

[82] Cf., *Bernd Rüthers*: Die Unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968 e mais frequentemente a crítica apologética da aplicação da tese de Radbruch pelos juristas envolvidos (cf., por exemplo *Hermann Weinkauff*: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Stuttgart 1968, p. 37 e ss). Na obra de *Everhardt Franssen*: Positivismus als juristische Strategie, in: Juristenzeitung 24 (1969), p. 766-775 (766 e ss).

b) Lógica Jurídica, Tópica e Teoria da Argumentação Jurídica

A "viragem linguística" significou não apenas uma mudança contra o direito natural e a filosofia valorativa, mas pôs em xeque a doutrina tradicional dos métodos jurídicos, que trata a decisão judicial do caso concreto com justificação nas normas jurídicas prescritas em geral. Este problema foi um tema duradouro, já que desde o final do século 19 aplicava-se o entendimento de que a sentença não poderia ser deduzida de uma simples conclusão lógica da lei. A retomada desta temática sinaliza uma normalidade jurídica. Ao espírito da época, devia-se um trabalho através da lógica jurídica e da teoria da argumentação jurídica[83].

O trabalho revolucionário do penalista de colônia e político liberal de direita Ulrich Klug (1919-1993) sobre "lógica jurídica" no sentido da "doutrina das regras adquiridas da lógica formal no âmbito da criação jurídica à sua aplicação"[84], desatou uma onda de publicações, que objetivavam proporcionar o entendimento tradicional da criação jurídica como "arte" no caso concreto por meio da "anexação" da lógica formal à "ciência"[85]. Um consolo ainda mais abrangente encontrou-se por meio do renascimento da tópica[86]. A mudança contra a tão somente pretensa solução objetiva dos problemas jurídicos através de uma alegada dedução das normas gerais e com a exortação para uma decisão consensual, apropriada e orientada em torno do problema, com base na discussão de todos os pontos de vista correspondentes ao modelo da tópica da antiguidade clássica, assim como inaugurados por Aristóteles e Cícero, desencadeou uma discussão acalorada nos anos de 1960. Mas, obviamente, a mera coleção de *Topoi* não leva muito longe, mas sim o desenvolvimento da tópica a uma teoria retórica da argumentação. A retórica move para o centro a situação do discurso e com isso toda a situação relativa à argumentação. A partir da doutrina tradicional da interpretação exsurge uma teoria jurídica da comunicação. Esta maneira de pensar situacional e dialógica provocou as reduções contrárias, as quais ameaçam a jurisprudência pelo

---

[83] Cf., de maneira muito instrutiva *Erik Hilgendorf*: Argumentation in der Jurisprudenz – Zur Rezeption von Analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz, Berlin 1991.

[84] *Ulrich Klug*: Juristische Logik, Berlin e outros locais 1951, 2ª ed. 1958; a multicitada e ampliada 3ª edição publicada em 1966. Neste sentido, com uma visão geral sobre a rica literatura subsequente *Hofmann*: Development (nota de rodapé 2), capítulo 8.

[85] Nesse sentido *Maximilian Herberger/Dieter Simon*: Wissenschaftstheorie, Frankfurt a.M. 1980, prefácio, p. VII.

[86] Revolucionando *Theodor Viehweg*: Topik und Jurisprudenz, München 1956, 2ª ed. 1963, 5ª ed. 1974.

domínio dos aspectos sistemático-semânticos através da subordinação constante de significados das palavras e da reificação de ideias jurídicas.

Autores mais jovens procuraram melhorar a argumentação tópica em conjunto com a teoria do discurso da filosofia prática, primeiramente através da definição mais precisa de uma discussão racional. Perante a filosofia prática, que constrói a pretensão da correção dos resultados de suas discussões racionais com base nas condições ideais do discurso, sob os quais todos deveriam concordar racionalmente, exsurge o discurso jurídico, no entanto, como um "caso excepcional"[87]. Isso porque ele ocorre sob certas restrições, designadamente quando a vinculação da lei, a consideração dos precedentes e das disposições processuais excluem o acesso daqueles que acreditam estar envolvidos no debate e se julgam afetados pela decisão. Tomemos também o fato de que no discurso jurídico não é reivindicado o mesmo do que no concernente ao discurso da prática filosófica, de que "a declaração normativa proposta, ou como sentença prolatada, seja pura e simplesmente razoável", mas tão-somente que ela, no âmbito da ordem jurídica vigente, possa ser razoavelmente fundamentada", desta forma, torna-se compreensível a pergunta crítica contraposta, a qual traz ganho jurídico factual mediante o recurso à filosofia do discurso.

4. O Contraponto Hermenêutico: Compreensão do Sentido ao invés da Análise Objetiva

Naturalmente, existia, desde o início, princípios de oposição contra a recepção da filosofia analítica. Muito conhecido foi o assim chamado conflito positivista na sociologia alemã (alegadamente das relações de poder existentes, estabilizadas e legitimadas) entre os "tecnólogos sociais" (Karl Popper e Hans Albert) e os neomarxistas da teoria crítica de Frankfurt: Theodor W. Adorno e Jürgen Habermas[88]. Contra a separação analítica dos fatos e das decisões de estilo de vida, e contra o conceito sistêmico funcionalista, insistiram os neomarxistas num "conceito dialético

[87] Cf., *Robert Alexy*: Theorie der juristischen Argumentation – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt a.M. 1978, 5ª ed. 2006, p. 32, 38; a citação no texto, ibidem p. 264. Crítica incisiva na obra de *Hans-Joachim Koch/Helmut Rüssmann*: Juristische Begründungslehre, München 1982, p. 371.

[88] Nesse sentido, *Theodor W. Adorno et al* (Org.): Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie (1969), 3ª ed. Neuwied/Berlin 1971. A isso, a explicação do problema por *Jürgen Habermas*: Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? In: Jürgen Habermas/Niklas Luhmann: Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung, Frankfurt a.M. 1971, p. 142-290.

da totalidade" do contexto da vida em sociedade [89]. Ele é, sem dúvida, apenas compreensível numa "antecipação hermenêutica", que se comprova (precisa se comprovar) como correta no curso da explicação. Também na perspectiva da história, a teoria dialética permanece no sentido da hermenêutica, porém não permanece enquanto uma "hermenêutica compreensiva do sentido subjetivo", mas decifra o contexto objetivo do sentido da situação histórica em vista dos interesses da reprodução social, em certa medida "atrás das costas dos sujeitos e das Instituições".

Evidentemente, essa compreensão reflete também os efeitos provenientes da hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. Com a sua obra fundamental "Verdade e Método", Gadamer interpretou o ato da compreensão contra a filosofia moderna da subjetividade, enquanto um processo universal, abrangente e supra-individual, que ocorre por meio da linguagem[90]. Também segundo Gadamer, a hermenêutica baseada num círculo inevitável da pré-compreensão não é dissolúvel, mas um "momento ontológico estrutural da compreensão". E para Gadamer toda a compreensão leva a "antecipação da completude", que na "antecipação hermenêutica" dialética retorna à totalidade do contexto da vida em sociedade. Na medida em que Gadamer adjudicava à hermenêutica jurídica uma "significação exemplar", ele provocou, sem dúvida de modo seminal, uma nova hermenêutica jurídica, que floresceu de meados da década de 1960 até o início dos anos de 1970[91]. Ela se voltou contra a filosofia analítica com o seu positivismo jurídico implícito, bem como contra a doutrina dos métodos nele construída, e se levantou igualmente contra a teoria crítica da sociedade com a sua reivindicação de totalidade. Quando o influente, e sempre aberto ao novo, penalista e filósofo do Direito Arthur Kaufmann publicou em 1975 um artigo com o título significativo "Por meio do Direito natural e do positivismo jurídico à hermenêutica

---

[89] *Jürgen Habermas*: Analytische Wissenschaftstheorie und Dialektik (1963), in: Adorno: Positivismusstreit (nota de rodapé 95), p. 155-191 (156). As citações seguintes no texto ibidem 161, 158, 164.

[90] *Hans-Georg Gadamer*: Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Tübingen 1960. As citações no texto em conformidade com a 2ª ed. (1965). p. 277, 278, 294.

[91] De início, realizaram-se duas apresentações sobre o tema "princípios da interpretação constitucional" no congresso da Associação dos Professores Alemães de Direito do Estado em 1961, designadamente por *Peter Schneider* e *Horst Ehmke*, in: VVDStRL 20 (1963), p. 1-52 e 53-102. Cf., para além das obras mencionadas no texto (e da literatura dos periódicos) *Martin Kriele*: Theorie der Rechtsgewinnung, que se desenvolve com base na problemática da interpretação constitucional, Berlin 1967 (2ª ed. 1976). *Winfried Hassemer*: Tatbestand und Typus – Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik köln/München 1968; *Joachim Hruschka*: Das Verstehen von Rechtstexten, München 1972; *Winfried Hassemer* (Org.): Dimensionen der Hermeneutik – Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, Heidelberg 1984; *Jersy Stelmach*: Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie, Ebelsbach 1991.

jurídica", isso já era, a esta altura, uma pequena retrospectiva[92]. Confiando no "conhecimento" da "mais nova filosofia hermenêutica", Kaufmann desistiu de sua própria concepção ontológica de Direito como relações objetivas consolidadas, e acompanhou a filosofia circular da compreensão de Gadamer. Isso porque apenas por esse caminho poderia ser superado o dualismo metodológico do ser e do dever ser, e a identificação do Direito com as normas legais. O novo ponto de vista de Kaufmann é de grande significado sintomático e pode ser determinado através de três teses: 1. A lei é apenas a possibilidade do Direito e precisa ser complementado por algo externo. 2. A lei precisa se concretizar nas respectivas situações históricas. 3. O "Direito correto" não é uma existência fixa ou uma condição acabada, mas algo que acontece num "processo histórico que nunca chega a um fim". A compreensão do texto é, portanto, uma "ação formativa e prática".

De modo distinto, exsurge a hermenêutica jurídica *sui generis* na obra "Pré-compreensão e escolha de métodos na construção do direito" de Josef Esser, publicada em 1970[93]. Diferentemente do penalista Kaufmann, o civilista Esser não compreende tal fenômeno simplesmente comparando-o a um sistema de sanção estruturada para condutas socialmente danosas, mas com um modelo complexo e difícil de solução para interesses conflitantes. O significado exemplar da hermenêutica jurídica para Esser é que o círculo hermenêutico aparece aqui enquanto "círculo de aplicação", na medida em que o jurista determina a possibilidade de compreensão do texto a partir do seu possível sentido de aplicação[94]. A pergunta pelo sentido de uma norma está, em outras palavras, sob uma "pré-compreensão relacionada à decisão da situação conflituosa", que define o cambiável "horizonte de expectativa" social para a decisão judicial. Esser vê o juiz intérprete como um mediador entre este entendimento jurídico social dos participantes e a "tradição dogmática da ordem do sistema jurídico". Contudo também essa tese só é conceituada no todo "em dependência do tempo e da sociedade", assim como Esser enfatiza com recurso a Gadamer e Habermas, e também caracterizada, a partir de então, como "atitude dogmática do intérprete" atrelada, ao fim e ao cabo, "às mudanças gerais da situação da consciência".

---

[92] *Arthur Kaufmann*: Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik (1975), atualmente, in: *ibidem*: Beiträge zur juristischen Hermeneutik, Köln e outros locais, 1984, p. 79-88. As citações no texto ibidem 81, 85 e ss.

[93] *Josef Esser*: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1970). Aqui foi citado de acordo com a 2ª edição, Frankfurt a.M. 1972.

[94] Cf., neste sentido e na sequência, *ibidem*, p. 139 e ss.

Em 1966, Friedrich Müller (1938) forneceu o projeto teórico mais sofisticado de uma hermenêutica jurídica na sua tese de livre docência em Freiburg intitulada "Estrutura normativa e Normatividade"[95]. Müller apreende a tradicional oposição da norma e fato, sem a intenção, todavia, de superá-la teoricamente, mas sim resolve-se "hermeneuticamente" no movimento do pensamento da interpretação da norma, na medida em que ele retira do arcabouço normativo da lei e dos fatos objetivos da vida uma "hermenêutica", isto é, no processo da interpretação e aplicação exsurge um eficaz nível de mediação concebível, porém não real e nem objetivo. Ela serve como uma forma de determinação do tipo legal do caso concernente à concretização da lei, pertencendo, nesta medida – assim como designado por Müller de "estrutura normativa" – à uma norma positiva, sem, contudo, tomar parte com sua compreensão do problema fático estrutural na ordem mandatória da norma, e também sem pertencer à normatividade real da norma. "O âmbito normativo designa como um nível tipológico intermediário um real e possível âmbito estrutural para potencialmente atribuir a regulação de casos reais e individuais. A tópica hermenêutica concilia sobre o nível intermediário, acentuado na típica concretização "do caso com a norma" conforme o programa normativo e o âmbito da norma, onde ambos não formam pontos finais isolados de aplicação, mas estão integralmente incluídos[96]. O "progresso" hermenêutico deve consistir no fato de que – em primeiro lugar – cada mediação não deve girar em torno da abertura do sentido e ao mesmo tempo do processamento do pré-conceito, mas numa elipse em torno do polo do programa normativo, isto é, dos pensamentos dirigentes normativos, devendo assim se mover no âmbito normativo[97], e que – em segundo lugar – a partir da tópica exsurge o postulado de uma tipologia ordenada conforme os grupos de casos[98]. Este processo, sem dúvida, não reduz as necessidades do ponto de vista da fundamentação, mas aumenta o sentido de uma interpretação mais refinada e sofisticada.

Concepções posteriores da hermenêutica de Müller indicam uma mudança no quadro de referência. Ao invés de ser lida em conexão com a hermenêutica espiritual científica de Gadamer, deseja, decididamente, que sua hermenêutica jurídica seja parte

[95] *Friedrich Müller*: Normstruktur und Normativität – Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966.
[96] *Ibidem*, p. 191 e ss.
[97] Cf., *ibidem*, p. 186 e ss, 196.
[98] Cf., *ibidem*, p. 189.

de uma "teoria da norma jurídica"[99]. Na primeira edição, o discurso foi expressamente em referência a uma "compreensão da hermenêutica" de Gadamer, que posteriormente questiona "como um princípio jurídico se concretizaria adequadamente"; a citação de Gadamer foi excluída na edição de 1994, substituindo a expressão "hermenêutica" por "metodologia", e pondo a pergunta determinante de modo mais preciso "como um princípio jurídico se concretiza racionalmente sob um Estado de Direito e democrático, ou seja, sob a exigência da vinculação jurídico-constitucional à norma"[100]. Para "hermeneuticamente" e "hermenêutica" referem-se assim sucessivamente: "metodologicamente" e "metodologia", ou no mais das vezes "teorética normativa" e "teoria da norma" ou "teoria da (norma) jurídica". Muito além da compreensão de textos jurídicos e da racionalização da criação do Direito do caso concreto, trata-se agora de uma doutrina estrutural abrangente do Direito, especialmente, e também, da Constituição[101]. A "doutrina estruturante do Direito" de Müller procura sua anexação à teoria científica, bem como à teoria da Constituição[102], tomando como medida, conscientemente, a "doutrina pura do Direito" de Kelsen[103].

III O Estado Social na Crise: Reabilitação da Filosofia Prática e Retorno da Ideia de Justiça

1. O fim do sonho do permanente crescimento do bem-estar e a nova utopia da justiça social

Na segunda metade da década de 1970, alterou-se a situação contextual na República Federal da Alemanha[104]. O observador contemporâneo constatava uma forte "insegurança interna"[105]. Bem à parte dos acontecimentos espetaculares do "outono

---

[99] *Friedrich Müller*: Strukturierende Rechtslehre, Berlin 1984, primeira parte, p. 1-222. As seguintes citações de acordo com a 2ª edição de 1994.

[100] *Ibidem*, p. 66.

[101] Cf., *Hasso Hofmann*: Konstitutionalisierung der juristischen Hermeneutik, in: Ivo Appel et all (Org.): Öffentliches Recht im offenen Staat – Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, p. 99-110.

[102] Cf., *Bernhard Schlink*: Juristische Methodik zwischen Verfassungstheorie und Wissenschaftstheorie, in: Rechtstheorie 7 (1976), p. 94-102.

[103] Cf., por todos, *Hofmann*: Development (nota de rodapé 2) capítulo 2. No capítulo 7a é tratada também a monografia de inspiração marxista de *Friedrich Müller* – Folgeprobleme der anthropologischen Begründung der Staatstheorie bei Rousseau, Hegel, Marx, Berlin 1970 (2ª edição 1985).

[104] Por todos, *Anselm Doering-Manteuffel/Lutz Raphael*: Nach dem Boom – Perspektiven auf die Zeitgeschichte seit 1970, Göttingen 2008; *Eckart Gonze*: Die Suche nach Sicherheit, München 2009, p. 463 e ss.

[105] *Kurt Sontheimer*: Die verunsicherte Republik, München 1979, p. 11.

alemão", essa situação teve motivos estruturais. Em 1975 a nova dívida pública da União subiu 46,1 % em relação ao ano anterior, e o número de desempregados escalou a um patamar de mais de 1 milhão após os anos de ocupação plena. O desemprego de base cresceu, e a dívida pública não teve mais fim. O assim chamado choque do preço do petróleo, uma depressão conjuntural com fortes recessões consequentes, turbulências monetárias após a ruptura do sistema monetário mundial de Bretton Woods, que afetou profundamente a República Federal da Alemanha que estava se tornando um poder econômico mundial. Os reajustamentos no setor de ocupações em direção a uma sociedade de prestação de serviços – tudo isso minou a base do sistema de segurança social. A isso, somou-se a mudança demográfica. A cota das contribuições sociais no produto social bruto aumentou significativamente da mesma forma que a cota das despesas sociais nos orçamentos públicos. O sonho de um crescimento permanente do bem-estar tinha chegado ao fim[106]. "O combate à crise econômica" entrou no lugar da reforma política[107]. Neste contexto, o equilíbrio das tensões sociais não poderia ser mais financiada pelo crescimento, e era hora de considerar a justiça social da repartição de bens, e para além do âmbito nacional em vista da ameaça ao meio ambiente, a escassez de recursos, o crescimento populacional, e o grande distanciamento entre o bem-estar social dos países ricos e pobres.

O conceito da justiça social é um resultado da revolução de 1848 na Itália[108]. No *Progetto di contituzione secondo la giustizia sociale* de Grafen Rosmini-Serbati, ele descreveu a exigência deste pastor, filósofo e patriota, para libertar a sociedade dos proprietários do restante da vinculação da propriedade feudal por causa da sua significação social. Tal conceito fez carreira tendo em vista a situação dos trabalhadores, sobretudo na reforma do catolicismo francês. Por fim, a justiça social foi jurada não menos do que seis vezes na encíclica-social "Quadragesimo anno" do Papa Pio XI (projetada pelo jesuíta alemão Oskar v. Nell-Breuning) em 1931, no meio da crise econômica mundial.

---

[106] *Conze*: Suche nach Sicherheit (nota de rodapé 111), p. 468. "o sonho de uma prosperidade contínua estava desfeito". Na sequência também *Wolfgang Jäger*: Die innenpolitik der sozial-liberalen Koalition 1974-1982, in: Karl Dietrich Bracher et al (Org.): Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Vol 5/2, Stuttgart/Mannheim 1987.
[107] *Jäger*: Innenpolitik (nota de rodapé 113), p. 14 e ss.
[108] Cf., pormenorizadamente, *Hasso Hofmann*: Recht und soziale Ordnung, in: Internationale Zeitschrift für Philosophie 17 (2008), p. 45-62 (45 e ss).

Em 1975, a ideia da justiça social retorna no distanciamento teórico da decisão e do jogo como um baque literário estrondoso da América. A isso, refere-se a tradução alemã da "Teoria da Justiça" do professor de Harvard John Rawls. Já nos Estados Unidos, essa construção de uma ordem social justa escolhida por todos livremente num estado original fictício já tinha causado uma sensação extraordinária[109]: dentro de três anos foram publicadas mais de 60 resenhas[110]. Amplos, intensivos e sustentáveis foram também os debates e discussões na Alemanha. Elas se concretizavam amplamente desde o segundo princípio de justiça de Rawls, o chamado princípio da diferença:[111]

> Desigualdades econômicas e sociais devem ser assim reguladas, de maneira que tanto (a) aos menos favorecidos sejam-lhes trazidas as melhores perspectivas de possibilidades, quanto (b) a abertura justa, e em igualdade de chances, a cargos e posições.

Tal discussão causou uma forte impressão, expressa sintomaticamente numa nova mudança de posição de Arthur Kaufmann. O conceito de justiça não tinha desempenhado um papel digno de menção em relação a uma hermenêutica jurídica[112] nem no início de seu trajeto jurídico-filosófico, que caracterizava a si próprio como "objetivismo jurídico ontológico", nem após a sua própria assim chamada "metamorfose", de modo que foram publicadas entre os anos de 1984 e 1989 três escritos de Kaufmann, os quais, já no título, indicavam o conceito de justiça: *Theorie der Gerechtigkeit* (Frankfurt a.M. 1984); *Gerechtigkeit – der vergessene Weg zum Frieden* (München e outros locais 1986); *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit* (München 1989). E a segunda edição de sua aula de despedida de 1992 foi dedicada, em uma forma programática, para todos os "filósofos do direito que se colocam..., de forma destemida, os verdadeiros problemas da filosofia jurídica, em especial os relacionados à justiça social..."[113].

Até este ponto, Rawls, na sua crítica ao utilitarismo clássico, não seguiu a meta-ética[114] anglo-saxã com suas análises semânticas das sentenças morais, mas sim

---

[109] *John Rawls*: A Theory of Justice, Cambridge 1971, traduzido para a língua alemã Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1975.
[110] *Norman Daniels* (Org.): Reading Rawls, Oxford 1975, edição posterior Stanford 1984. Neste sentido, Selected Bibliography on John Rawls, Post 1971.
[111] *Rawls*: Theorie (nota de rodapé 116), p. 104.
[112] Cf., *Arthur Kaufmann*: Rechtsphilosophie im Wandel, 2ª ed. Köln e outros locais 1984, prefácio p. VII; *ibidem*: Beiträge zur juristischen Hermeneutik, Köln e outros locais 1984, prefácio p. VII.
[113] *Arthur Kaufmann*: Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 2ª ed., Heidelberg 1992.
[114] Cf., *Eike von Savigny*: Philosophie der normalen Sprache (1969), 2ª ed. Frankfurt a.M. 1993, p. 166 e ss.

retornando a Kant e à doutrina do contrato social[115], e se voltou igualmente à filosofia política, isto é, à união entre Direito e Filosofia do Estado, o que ela tinha sido naturalmente para o idealismo alemão. Isso significou, sem dúvida, a volta ao hegelianismo marxista da "nova esquerda". O recurso à doutrina jurídico-racional do contrato correspondeu a um movimento do pensamento, que já era perceptível na nova hermenêutica jurídica, e que foi designada como "reabilitação da filosofia prática"[116]. Seus esforços para reproduzir a reputação de um tratamento filosófico unitário da moral, do Direito e do Estado, se voltaram especialmente contra todas as formas do neopositivismo. Nesta posição, achou-se um novo interesse, especialmente naqueles conceitos rejeitados do século XIX de a-históricos e irrealistas de uma "condição natural" e de um "contrato social de dominação" como "elementos de uma construção normativa apriorística"[117]. Com isso, a filosofia jurídica perdeu novamente algo do caráter de uma filosofia especializada de juristas mais ou menos formal. Rawls renovou a filosofia jurídica enquanto disciplina também para os filósofos profissionais.

2. Sobre justiça política e social

Na Alemanha, um dos primeiros autores a se ocupar da obra de Rawls foi Otfried Höffe (1943)[118]. Porém, não se tratava de uma teoria liberal igualitária de um sistema de divisão justa dos bens, mas sim o recurso metódico de Rawls ao Direito racional que estimulou o professor de filosofia de Tübingen a escrever um livro sobre "Justiça Política". Uma boa década após a aparente resolução definitiva da filosofia jurídica numa multiplicidade de teorias jurídicas díspares, tratou Höffe de nada menos do que "a ideia moral do Direito e do Estado"[119] na atmosfera política mais moderada da era Kohl do que na história paralisada na *posthistorie* de Arnold Gehlens[120]. O produto de

---

[115] V. *Rawls*: Theorie (nota de rodapé 116), p. 15. Cf., *Wolfgang Lasars*: Die klassisch-utilitaristische Begründung der Gerechtigkeit, Berlin 1982, p. 36 e ss.
[116] Cf., *Manfred Riedel* (Org.): Rehabilitierung der praktischen Philosophie, 2 vols., Freiburg 1972/74.
[117] Cf., *Hasso Hofmann*: Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung, in: Reinhard Brandt (Org.): Rechtsphilosophie der Aufklärung – Symposium Wolfenbüttel 1981, Berlin/New York 1982, p. 12-46. Ver também a coleção publicada por Alfred Voigt de traduções sobre o tema "o contrato do domínio", Neuwied am Rhein 1965, numa série programática denominada POLITICA.
[118] Cf., *Otfried Höffe* in: A Theory of Justice, in: Philosophische Rundschau 21 (1975), p. 187-208. Uma edição ampliada foi publicada como introdução: *Otfried Höffe* (Org.): Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1977.
[119] *Otfried Höffe*: Politische Gerechtigkeit – Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt a.M. 1987, p. 11.
[120] Cf., *Wolfgang Welsch*: Unsere Postmoderne (1988), 5ª ed. Berlin, 2008, p. 17 e ss.

nossa consideração é, no entanto, modesto. Após mais de 400 páginas, o próprio autor admite que é possível se opor a sua teoria, na medida que a mesma só poderia ser justificada num Estado minimalista, que se resumiria à "proteção contra a violência, o roubo, o estelionato, ou da execução dos contratos, e por isso estaria cego perante os problemas específicos dos séculos XIX e XX..."[121]. Na verdade, é assim mesmo.

Foi a reunificação alemã que reforçou o interesse no tema da justiça social e com isso, mais uma vez, o interesse no ponto central da teoria da justiça de Rawls. Isso porque o final da divisão política e jurídica estatal transformou as diferenças anteriores de dois sistemas sociais diametralmente opostos em um problema urgente de vinculação social à divisão justa de bens e prestações[122]. Em termos filosóficos, o professor de Kiel, Wolfgang Kersting (1946), se ocupou de forma especialmente intensiva com a justiça distributiva de Rawls. Seu grande objetivo: uma filosofia jurídica do Estado social democrático[123]. Seu ponto de partida: uma crítica do princípio da diferença na teoria da justiça de Rawls. Este segundo princípio de justiça – segundo o postulado de igual liberdade para todos – realiza, com citado[124], a justificação das desigualdades sociais e econômicas, dependendo que haja vantagens também aos menos favorecidos. Este princípio institucionaliza um sistema de distribuição, que não reparte os bens de acordo com as necessidades ou desejos dos indivíduos, mas sim tendo em vista os seus grupos, ou a sua classe de pertencimento. Não obstante, Rawls é "injustamente celebrado como filósofo da socialdemocracia e do capitalismo do bem-estar social"[125]. Isso porque na melhor das hipóteses a teoria se basearia numa repartição justa das vantagens dentro da comunidade de colaboradores; concretamente falando: de ocupantes de postos de trabalho. Na realidade, Rawls projeta um sistema de justiça de repartição de bens dentro de uma comunidade de colaboradores, de cidadãos integrados economicamente, e que agem de forma racional. Fora do campo da colaboração mútua de vantagens, a teoria de Rawls não incide.

---

[121] *Ibidem*, p. 469.

[122] Cf., *Leo Montana*: Gerechtigkeitsansprüche und Ungerechtigkeitserleben in den neuen Bundesländern, Potsdam 1996.

[123] Cf., *Wolfgang Kersting*: Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend – Abhandlungen zur praktischen Philosophie der Gegenwart, Frankfurt a.M. 1993, p. 213 e ss. *ibidem*: Theorien der sozialen Gerechtigkeit, Stuttgart/Weimar 2000; *ibidem*: Rechtsphilosophische Probleme des Sozialstaats, Baden-Baden 2000.

[124] Cf., na nota de rodapé 119.

[125] *Kersting*: Recht (nota de rodapé 130), p. 239. Cf., também *Christian Watrin*: Eine liberale Interpretation der Idee der sozialen Gerechtigkeit, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts-und Gesellschaftspolitik 21 (1976), p. 45-61.

Desempregados, incapacitados ao trabalho, idosos, doentes e deficientes não têm espaço neste contexto[126]. Por isso Kersting procura uma fundamentação teórica para a extensão da justiça distributiva para uma mais ampla comunidade de solidariedade (nada obstante liberal) do Estado social[127]. Trata-se, segundo ele, de um "liberalismo da solidariedade política", ou seja, um passo do Estado mínimo a um "Estado social mínimo"[128]. Ele deve, de um lado, redistribuir menos do que o atual Estado social financeiramente sobrecarregado, que faz do cidadão seu cliente, e de outro lado deve ser mais eficaz socialmente de acordo com os quatro princípios seguintes: 1. O "naturalismo da ética meritória" recusa a "correção ética da justiça das distinções de capacidades e de talentos e dos distintos meios de socialização"; a solidariedade política fornece o suficiente, mas não o mesmo. 2. Igualdade de chances de desenvolvimento num sistema diferenciado de educação e formação ao invés da transferência de renda. 3. Uma "garantia básica" de assistência aos cidadãos necessitados orientada na situação individual e não em pensamentos de igualdade[129]. 4. Uma "Ofensividade política no mercado de trabalho" que reaja contra a irresponsabilidade na política de empregos dos sindicados à custa dos fundos legais de seguro das futuras gerações, pondo um fim na prática injusta das organizações de lobistas e empresários...". Mas para tanto, seria realmente necessária uma "reorganização" da República.

3. A Compreensão Jurídica Procedimental da Teoria Discursiva

A pretensão filosófica de Rawls, vinculada a uma distinção obrigatória entre justo e injusto, encontrou na Alemanha um desenvolvimento paralelo. Nesse sentido, Jürgen Habermas defende a tese segundo a qual exatidão normativa no discurso prático poderia ser decidida com a mesma vinculatividade que as perguntas sobre a verdade na teoria discursiva[130]. Sua teoria discursiva culmina na obra do século

---

[126] Cf., *Hofmann*: Recht und soziale Ordnung (nota de rodapé 115), p. 56 e ss.
[127] Para as particularidades desta argumentação, *Hofmann*: Development (nota de rodapé 2), capítulo 12.
[128] *Kersting*: Theorien (nota de rodapé 130), p. 7; Aqui e na página 8 também, bem como as citações seguintes no texto.
[129] *Ibidem*, p. 8, 391.
[130] Cf., *Jürgen Habermas*: Wahrheitstheorien (1972), in: *ibidem*: Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns, Frankfurt a.M. 1984, p. 127-183. Cf., também *Ulrich Steinvorth*: Gleiche Freiheit – Politische Philosophie und Verteilungsgerechtigkeit, Berlin 1999, p. 17 e ss.

constituída em dois volumes "teoria da ação comunicativa"[131]. Não só os filósofos podem decidir sobre os princípios de justiça, mas também, e necessariamente, os afetados por ela. Garante que o perigo do relativismo da razoabilidade proscrita não se torne, portanto, o critério de um ideal objetivo, mas o estabelecimento de uma intersubjetividade ideal altamente sofisticada do discurso sobre questões concernente à verdade e à exatidão. Portanto, foi Habermas, desde o início, um autor político. Lembramos apenas de sua tese de livre docência de 1961: "Mudança Estrutural da Esfera Pública", que, por conta de sua recepção acrítica da crítica feita por Carl Schmitt sobre o parlamentarismo de Weimar, logo se tornou um livro de culto da "oposição extraparlamentar"[132]. Porém, Habermas apenas se voltou para a filosofia jurídica por volta da metade da década de 1980. Também desempenhou um papel importante nas tentativas ambiciosas de jovens juristas de utilizar na argumentação jurídica os mecanismos de justificação da validade das reivindicações da teoria discursiva como um frutífero "caso especial"[133].

Em todo o caso, Habermas acolheu com engajamento crítico esta "tese do caso especial" na sua amplamente organizada *Teoria Discursiva do Direito e do Estado de Direito Democrático*, que em 1992 foi publicada sob o título "Facticidade e Validez". Sob o título tradicional "Indeterminação do Direito e Racionalidade da Jurisprudência" tenta manter, sem restrições, o seu princípio teorético discursivo neste problema central da jurisprudência[134]. Ele pretende demostrar que a argumentação jurídica não forma uma conexão comunicacional especialmente próxima da moral, mas pertence à essência interna do Direito democraticamente posto como um momento genético. Para ele, a comparação relevante é, portanto, aquela entre, de um lado, as argumentações morais e, de outro, os discursos políticos e jurídicos. Neste contexto, não haveria nenhuma distinção categorial entre a criação da Lei e a aplicação

---

[131] *Jürgen Habermas*: Theorie des kommunikativen Handelns, 2 vols., Frankfurt a.M. 1981.

[132] Neste sentido, *Ellen Kennedy*: Carl Schmitt und die "Frankfurter Schule" – Deutsche Liberalismuskritik im 20. Jahrhundert, in: Geschichte und Gesellschaft 12 (1986), p. 380-419 (402 e ss). De modo aprofundado, *Hartmuth Becker*: Die parlamentarismuskritik bei Carl Schmitt und Jürgen Habermas, Berlin 1994, p. 132 e ss.

[133] Cf., *Alexy*: Juristische Argumentation (nota de rodapé 94); especialmente p. 134 e ss; Klaus Günther: Ein normativer Begriff von Kohärenz, in: Rechtstheorie 20 (1989), p. 163-190.

[134] *Jürgen Habermas*: Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992, p. 238 e ss. – O título principal "Facticidade e Validez" é polissêmico. Ele é traduzível pelas tradicionais teses antepostas de Ser e Dever Ser (Cf., p. 109, 517), Positivação do Direito e Legitimação Democrática (Cf., p. 163), Idealismo do Direito Constitucional e Materialismo de uma Ordem Jurídica Capitalista (Cf., p. 60), mas também pela garantia jurídica fundamental da autonomia privada e do significado comunicativo de sua utilização pública (Cf., p. 164). – Sobre a crítica, ver também *Hilgendorf*: Rechtsphilosophie (nota de rodapé 75), p. 9-14.

do Direito. Pelo contrário, o sistema de direitos individuais posto pela ordem jurídica seria, a princípio, estruturado e interpretado no processo legislativo democrático e na aplicação judicial da mesma maneira. Se, porém, neste aspecto a mesma lógica procedimental prevalecer e, por conseguinte, os processos judicias funcionarem como pequenos procedimentos legislativos, não existiria mais qualquer motivo racional para o efeito vinculante formal do Direito e para o valor próprio da forma jurídica. Neste caminho, permanece a garantia jurídico-estatal da igualdade formal, que é o sentido próprio da generalidade da lei[135].

Reflexões similares foram arguidas por Habermas contra a significação da jurisdição constitucional[136]. Na medida em que a jurisdição constitucional, tanto na Alemanha quanto nos EUA, pode se dirigir diretamente contra as leis do legislador democrático, Habermas a considera na perspectiva de um *citoyen*, que absolutamente não compreende, no horizonte da famosa e revolucionária declaração de direitos de 1789, com a sua proclamação simultânea de autonomia nacional e individual, como um grupo de juízes pode decidir sobre a vontade geral concretizada na Lei. Habermas critica, de forma contundente, a já frequentemente criticada autossuficiência, com a qual o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha controla a legislação através do controle abstrato de normas em nome de uma Constituição, designada pelo Tribunal, como ordem valorativa. Porém, ao contrário de outros críticos, Habermas não tira daí a conclusão de que necessitaríamos então acentuar o sentido originário da liberdade em relação às garantias dos direitos fundamentais[137]. Isso porque "tão somente as condições procedimentais da gênese democrática (poderia assegurar) a legitimação do Direito legislado[138]. Por conseguinte, o Tribunal constitucional teria de verificar, em primeiríssima linha, os conteúdos controversos da norma "em conexão com os pressupostos comunicativos e com as condicionantes procedimentais do processo

---

[135] Análise detalhada e crítica imanente da obra por *Tobias Lieber*: Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit, Tübingen 2007. Crítica contundente desde um ponto de vista exterior por *Armin Engländer*: Diskurs als Rechtsquelle?, Tübingen 2002. Ver demais contribuições críticas in: Werner Krawietz/Gerhard Preyer (Org.). System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Berlin 1996.

[136] Cf., *Habermas*: Faktizität (nota de rodapé 141), p. 292 e ss. Neste sentido, a crítica de *Lieber*: Diskurse Vernunft (nota de rodapé 142); *Christoph Möllers*: Demokratie und Recht, in: Hauke Brunkhorst/Regina Kreide/Christina Lafont (Org.): Habermas-Handbuch, Darmstadt 2009, p. 254-263 (259 e ss).

[137] Exemplificativamente segundo esta tendência *Ralf Porscher*: Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen 2003.

[138] *Habermas*: Faktizität (nota de rodapé 141), p. 320, 517. As citações seguintes no texto, ibidem, p. 320 e ss.

legislativo democrático". O problema da legitimação da jurisdição constitucional passa por uma "virada democrática" através de uma tal "compreensão procedimental da constituição". Isso porque só uma teoria da democracia poderia gerar um conceito de justiça procedimental do processo de formação da vontade política. Trata-se, à evidência, de que no núcleo da concretização do Direito "a autonomia pública e privada dos cidadãos deve ser assegurada através do *uno acto*, de modo que todo ato jurídico possa ser compreendido ao mesmo tempo como uma contribuição para a institucionalização político-autônoma dos direitos fundamentais e como elemento de um processo constituinte duradouro[139]. Ainda mais: tão somente através de uma interpretação constitucional continuamente realizada em todos os níveis da legislação poderá sobreviver a ideia de Constituição tal qual concebida por Habermas[140]. Este contínuo procedimento se funda como processo democrático, que se propaga em todos os níveis da jurisprudência, "com fundamento nas liberdades comunicativas desencadeadas anarquicamente"[141]. E mais: "Na vertigem desta liberdade não existe mais nenhum ponto fixo, a não ser o próprio processo democrático...". Habermas critica o controle judicial constitucional normativo sob o ponto de vista de uma revisão democrática original ou radical. Sua atratividade ganha o pensamento da "igual originalidade do Estado de Direito e da democracia", isto é, essa interpenetração mútua da forma do Direito e do princípio democrático[142] para remediar, de um lado, a partir de uma promessa implícita, o déficit democrático crônico da tradição do Estado de Direito alemão, e de outro, através do seu direcionamento, no estilo rousseauniano, contra todas as representações, os anseios de um crescente "esverdeamento" nas relações de vida dissociativas para uma sociedade engajada conforme a imediatidade, a autenticidade, a participação, a autonomia e a responsabilidade pessoal. Além disso, a teoria reflete, de fato, com a complexificação das relações, um significado enorme do processo jurídico face ao conteúdo fixo do Direito.

---

[139] *Ibidem*, p. 494.

[140] Aqui há de ser lembrada a famosa fórmula do constitucionalista Peter Häberle, que para ele apenas é concebida hermeneuticamente; Cf., *Peter Häberle*: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: Juristen Zeitung 30 (1975), p. 297-305, no momento, in: *ibidem*: Verfassung als öffentlicher Prozess, 2ª ed., Berlin 1966, p. 155-181.

[141] *Habermas*: Faktizität (nota de rodapé 141), p. 228. A citação seguinte *ibidem*, p. 229.

[142] Crítica da tese da originalidade simultânea do Estado de Direito e da democracia por *Regina Kreide*: Globale Politik und Menschenrechte – Macht und Ohnmacht eines politischen Instruments, Frankfurt a.M./New York 2008, p. 223 e ss. Crítica em perspectiva histórica: *Hasso Hofmann*: Menschenrechte und Demokratie oder: Was man von Chrisypp lernen kann, in: Rainer Wahl/Joachim Wieland (Org.): Das Recht des Menschen in der Welt – Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstags von Erns-Wolfgang Böckenförde, Berlin 2002, p. 31-58.

O jurista observa que desconhece a separação fundamental entre o discurso moral e jurídico, e a sincronização da dupla polarização do jurídico com o político, o qual se forma sempre a partir de um elemento de padrões existentes e de um momento futuro de formação da vontade, por assim dizer elíptico[143], e que também plebiscitos – ainda que informais – são decisões representativas[144]. Ou ainda mais concretamente: "Originalidade simultânea do Estado de Direito e da democracia" significa, conforme a compreensão jurídica, três coisas: Originalidade simultânea da democracia com os direitos humanos, mas – em segundo lugar – também com o princípio da separação dos poderes, e – em terceiro lugar – com a legalidade da Administração. Ainda que a primeira simultaneidade seja plausível, as duas outras, evidentemente, não são.

IV Chegada na Sociedade Mundial

Constitucionalização do Direito Internacional Público e Universalismo dos Direitos Humanos

Por fim, mais um olhar geral sobre o ano de jubileu da filosofia jurídica de 1995. Muitos filósofos e, em algumas publicações do Direito internacional público, festejam o "aniversário" dos 200 anos do Tratado popular de Kant intitulado À Paz Eterna[145]. Existiam interesses políticos atuais no revivescimento do interesse na filosofia política de Kant através da "reabilitação da razão prática"[146]. A ruptura do bloco oriental impulsionou a esperança para uma nova ordem internacional pacífica. A isso, somou-se a integração europeia desencadeada pelo impulso da reunificação da Alemanha, cujo progresso em 1992 levou à assinatura do Tratado de Maastricht, que fundou a União Europeia[147]. Este processo de interdependência global entre economia e informação,

---

[143] Cf., *Hasso Hofmann*: Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, Berlin 1998.
[144] Cf., *Hasso Hofmann/Horst Dreier*: Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: Hasso Hofmann, Verfassungsrechtliche Perspektiven, Tübingen 1995, p. 161-196 (168 e ss).
[145] *Immanuel Kant*: Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, in: Wilhelm Weischedel (Org.): Kant-Werke, vols. 9, Darmstadt 1968, p. 193-251. Cf., *Georg Cawallar*: Annäherungen an den ewigen Frieden – Neuere Publikationen über Immanuel Kants Friedensschrift, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 46 (1998), p. 137-143; *Volker Markus Hackel*: Kants Friedensschrift und das Völkerrecht, Berlin 2000, p. 220 e ss.
[146] Cf., com inúmeras indicações detalhadas *Horst Dreier*: Kants Republik, in: *ibidem* (Org.): Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit, Symposion für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag, Berlin 2005, p. 151-192 (153 e ss).
[147] Cf., *Ingeborg Tömmel*: Das politische System der EU, 3ª ed., München/Wien 2008, p. 30 e ss. *Dietmar Herz/Christian Jetzlsperger*: Die Europäische Union, 2ª ed., München 2008, p. 54 e ss.

política e cultura, tornou-se cada vez mais forte na consciência geral, para o qual foi designado o termo "Globalização", que se naturalizou nos anos de 1990, e que rapidamente encontrou uma divulgação inflacionada. Desta maneira, consoante uma formulação de Bernhard Schlink "chegada na sociedade mundial"[148], onde, exatamente como já pensado por Kant, "a violação de um direito em algum lugar da Terra é sentida por todos"[149], fica mais próxima ainda a colocação da pergunta em uma nova perspectiva acerca do futuro do projeto de Kant, de uma nova ordem mundial de paz, movendo tal ideia do direito sobre uma cidadania mundial para a perspectiva da validade universal dos direitos humanos.

Posteriormente, o interesse se voltou também, e em especial, para o "segundo artigo definitivo" do escrito sobre a paz; isso porque ele abordou diretamente as relações entre Estados: "O Direito Internacional Público deve ser fundado sob um *federalismo* de Estados livres"[150]. Além disso, este excerto do texto contém um especial desafio interpretativo, pois Kant, expressamente, defende apenas a segunda melhor solução para o problema, nomeadamente uma federação de Estados ao invés de uma República mundial[151]. O problema está no acordo entre paz e liberdade. A prioridade da paz significa, de acordo com a preferência de Kant, uma monarquia universal de um povo mundial unificado, que, contudo, traz consigo o perigo de uma dominação despótica. De outro lado, a prioridade da liberdade, conforme o sistema de analogia construtiva de Kant sobre o estado de natureza interpessoal e interestatal, e da fundação do Estado e a ordem global da paz, leva à ideia de uma República mundial abrangente. No entanto, ele não teve nenhuma chance de realização, já que os Estados não quiseram desistir de seus direitos de soberania. Foi, possivelmente, a avaliação otimista de Kant sobre as consequências da Revolução francesa que o fez insistir na ideia de que a formação de um povo esclarecido e forte numa República (fosse) o ponto central para uma "união federativa de outros Estados"... e assim os Estados (assegurariam) o estado de liberdade conforme a ideia do Direito internacional público, e se (expandiriam) progressivamente através de várias conexões deste tipo[152].

---

[148] *Bernhard Schlink*: "Das Moralische versteht sich von selbst", in: Merkur, Stuttgart 2009, p. 557-569 (569).
[149] *Kant*: Frieden (nota de rodapé 152), p. 216.
[150] Cf., *ibidem*, p. 208.
[151] Cf., nesse sentido a análise *Reinhard Brandt*: Vom Weltbürgerrecht, in: Otfried Höffe (Org.): Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden, Berlin 1995, p. 133-148 (138 e ss); além deste, *Otfried Höffe*: Völkerbund oder Weltrepublik, *ibidem*, p. 109-132 (115).
[152] *Kant*: Frieden (nota de rodapé 152), p. 211 e ss. Cf., *Volker Gerhardt*: Immanuel Kants Entwurf 'Zum ewigen Frieden' – Eine Theorie der Politik, Darmstadt 1995, p. 18 e ss.

Assim, o acordo de paz da Basileia entre a monarquia prussiana e a República francesa revolucionária de abril de 1795 é tido como sinal da possibilidade de uma "mudança" através da "aproximação" no âmbito do direito internacional público.

Na discussão filosófica alemã, o apelo para uma federação de povos foi visto menos como uma "solução compromissória" do que como um projeto de uma completa ordem jurídica global, na medida em que a formação da multiplicidade de Estados numa federação de povos empresta ao postulado de um direito de cidadania mundial no terceiro artigo definitivo um significado jurídico constitutivo. Isto porque apenas este direito de cidadania mundial[153] (com uma indireta de Kant ao colonialismo europeu limitado a um direito de visita) torna a federação dos povos numa ordem jurídica completa, preenchendo a lacuna da regulação jurídico-estatal das relações dos indivíduos com o Estado e as relações jurídicas de direito internacional entre os Estados.[154]

De acordo com seu dogma da fundação de uma ordem jurídica legítima apenas através da percepção comunicativa direta dos direitos subjetivos iguais de todos, Habermas reconheceu exatamente o verdadeiro núcleo inovativo do direito da cidadania mundial no tratado de paz de Kant. Ele analisa – para muito além de Kant – a "transformação do direito internacional como um direto dos Estados, em um direito de cidadania mundial como um direito dos indivíduos"[155]. Isso significa o reconhecimento de direitos humanos universais. Em termos de conteúdo, são normas morais, que reivindicam sua validez universal para todos "o que tenha a fisionomia de pessoa"; a forma, nada obstante, se realiza como direitos subjetivos, cuja positivação através de

---

[153] *Kant*: Frieden (nota de rodapé 152), p. 213 e ss; Neste sentido, *Christian Tomuschat*: Kants Schrift "Zum ewigen Frieden" – Völkerrechtliche Aspekte, in: Prawo w XXI wieku [Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Polnischen Akademie der Wissenschaften], Warschau 2006, p. 978-991 (986 e ss).

[154] Cf., *Brandt*: Weltbürgerrecht (nota de rodapé 158), p. 139 e ss.; Cf., além deste, *Peter Koller*: Frieden und Gerechtigkeit in einer geteilten Welt, in: Reinhard Merkel (Org.): "Zum ewigen Frieden", Frankfurt a.M. 1996, p. 213-238 (222 e ss); *ibidem*: Die Institutionalisierung der Menschenrechte und die Grenzen der staatlichen Souveränität, in: Hauke Brunkhorst et al (Org.): Recht auf Menschenrechte, Frankfurt a.M. 1999, p. 228-245 (236 e ss); *Wolfgang Kersting*: Weltfriedensordnung und globale Verteilungsgerechtigkeit, in: Merkel (Org.): "Zum ewigen Frieden" (ver acima), p. 172-212 (182 e ss); *Julian Nida-Rümelin*: Ewiger Friede zwischen Moralismus und Hobbesianismus, in: Merkel (Org.): "Zum ewigen Frieden" (ver acima), p. 239-255 (245 e ss).

[155] *Jürgen Habermas*: Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: ibidem: Der gespaltene Westen – Kleine politische Schrifte X, Frankfurt a.M. 2004, p. 113-193 (123). Na sequência: *ibidem*: Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von zweihundert jahren, in: Matthias Lutz-Bachmann/James Sohmann (Org.): Frieden durch Recht, Frankfurt a.M. 1996, p. 7-24, também in: *Jürgen Habermas*: Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt a.M. 1999, p. 192-236; *Jürgen Habermas*: Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: ibidem: Die postnationale Konstellation – Politische Essays, Frankfurt a.M. 1998, p. 168-192.

um legislador local atende a uma comunidade jurídica determinada e particular[156]. Por conseguinte, a nossa tarefa surge, de forma jurídica e institucional, do trabalho para a produção de uma ordem global, na qual, como disposto no art. 28 da declaração universal dos direitos humanos das Nações Unidas, "os direitos e liberdades previstos nesta declaração devem ser completamente realizados". Complementarmente a isso, qualquer objeção individualista, que seja levantada contra a validade moral e universal dos direitos humanos, precisa ser filosoficamente refutada[157]. Tradicionalmente, são postos como argumentos contra o universalismo dos direitos humanos o eurocentrismo e a instrumentalização da política (imperialismo dos direitos humanos). Desta forma, as ditaduras dos países asiáticos em desenvolvimento, que são acusados de violações contra a justiça dos direitos fundamentais e contra os direitos civis pelos países ocidentais, procuram justifica-las mediante o princípio da compreensão coletiva social e cultural a qual está vinculado o desenvolvimento dos direitos fundamentais. Isto não é, todavia, um argumento normativo, mas sim meramente político para a justificação de uma assistência paternalista e autoritária. Considerada normativa é a crítica "confuciana" à uma ordem jurídica, que é construída fundamentalmente por direitos subjetivos, por conta dos perigos para as relações sociais crescentes numa cultura orientada pelo consenso que, de forma alguma, pode ser tida como totalmente infundada. Por fim, essa problemática também se refere à afirmação de uma supremacia cultural da comunidade sobre os indivíduos e, por sua vez, da impossibilidade cultural da separação estrita entre Direito e moral. A isso, soma-se o receio de que o individualismo no pensamento dos direitos humanos secularize as formas de vida através da desconstituição do domínio político sobre a tradicional visão de mundo religiosa e cosmológica. Habermas posteriormente se contrapõe aos pensamentos, dificilmente eficazes fora das sociedades liberais, de que os direitos de liberdade, com a sua libertação da tutela moral do indivíduo, poderiam proteger, da mesma forma, uma vida na responsabilidade religiosa e outros projetos individuais de vida. Seu argumento principal é, neste sentido, a tese de que as condições de existência do individualismo europeu não estariam vinculadas a uma espécie de pedaço da genética cultural formativa, mas sim precisariam ser consideradas como um efeito de

---

[156] Cf., *Hasso Hofmann*: Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 5ª ed., Darmstadt 2011, p. 40 e ss.

[157] Este e demais argumentos em *Otfried Höffe*: Vernunft und Recht, Frankfurt a.M. 1996, p. 53 e ss.; *Jürgen Habermas*: Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte, in: Brunkhorst (Org.): Recht auf Menschenrechte (nota de rodapé 161), p. 216-227.

uma diferenciação social e econômica do processo de modernização, que há muito tempo também já ocorre nas culturas da Ásia oriental, e, em parte, nas do continente africano. "Na perspectiva dos países asiáticos" não se trata, segundo Habermas, "da pergunta se os direitos humanos são compatíveis com as próprias tradições culturais enquanto parte de uma ordem jurídica individualista, mas se eles precisam ser adaptados em geral a uma modernização econômica afirmativa ou poderiam ser afirmados contra ela"[158]. Esta tese da modernização "é uma renovação econômica da visão esclarecida da generalização ideal contínua do pensamento acerca dos direitos subjetivos desde as cartas feudais de liberdade como a *Magna Carta,* até a declaração geral dos direitos humanos das Nações Unidas[159]. Mesmo se tal tese estiver correta, ela não fornece, contudo, nenhuma base normativa para a validade universal dos direitos humanos.

Este rápido esboço já demonstra o tamanho da carga argumentativa imposta a quem pretende provar a validade universal dos direitos humanos como fundamento único de legitimação de dominação política global, na medida em que o Estado de direito e a democracia teriam aqui sua origem homogênea. Mais efetivo nos parece um princípio antropológico-pragmático. Ele se orienta pelos níveis históricos dos direitos fundamentais, e leva em consideração os direitos de proteção elementares[160]. Ele se baseia na evidência da violação humana, e é fundamentado a partir de um consenso moral mínimo universal[161]. A justificação dos direitos à vida e à incolumidade corporal, a proteção contra a privação arbitrária da liberdade e contra à exploração não

---

[158] *Habermas*: Legitimation durch Menschenrechte (nota de rodapé 162), p. 185.

[159] A título exemplificativo para essa simples consideração *Lutger Kühnhardt*: Die Universalität der Menschenrechte, München 1987. Sobre a crítica: *Hasso Hofmann*: Die Entdeckung der Menschenrechte, Berlin 1999, *Heiner Bielefeldt*: Menschenrechtlicher Universalismus ohne eurozentrische Verkürzung, in: Günter Nooke et al (Org.): Gelten Menschenrechte universal?, Freiburg in Br. e outros locais, 2008, p. 98-141.

[160] Cf., *Hasso Hofmann*: Entdeckung (nota de rodapé 166); ibidem: Menschenrechtliche Autonomieansprüche (1992), in: ibidem: Verfassungsrechtliche Perspektiven, Tübingen 1995, p. 51-72, com uma distinção quádrupla: forma externa das cartas feudais de liberdade, até a substância moral que se reporta aos antigos, catalises jurídicas racionais, instrumentalização política revolucionária. Cf., também o princípio sistemático de *Winfried Brugger*: Stufen der Begründung von Menschenrechten, in: Der Staat 31 (1992), p. 21-38.

[161] Cf., *Hasso Hofmann*: Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaates, in: Der Staat 34 (1995), p. 1-32 (27 e ss); *Wolfgang Kersting*: Globaler Liberalismus und Kulturelle Differenz, in: *ibidem*: Politik und Recht, Weilerswist 2000, p. 211-236 (229 e ss); *Stefan Gosepath*: Universalität der Menschenrechte – Ein Erklärungsansatz, in: Nooke (Org.): Menschenrechte (nota de rodapé 166), p. 195-203. – Direito à vida e proibição da tortura e escravidão valem, entretanto, como direito consuetudinário internacional vinculante: *Juliane Kokott*: Der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht, in: Brunkhorst et al (Org.): Menschenrechte (nota de rodapé 161), p. 176-198 (182 e e ss).

necessitam de nenhuma teoria universal de reconhecimento da autodeterminação individual.

Com isso, estamos no centro de uma discussão atual. A retrospectiva chegou ao fim.

Referências Bibliográficas

Acham, Karl u. a. (Hg.): Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, Stuttgart, 1998.

Adorno, Theodor W. u. a. (Hg.): Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie (1969), 3. Aufl., Neuwied/ Berlin 1971.

Albert, Hans u. a. (Hg.): Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, Düsseldorf 1972.

Albrecht, Clemens u. a. (Hg.): Die intellektuelle Gründung der Bundesrepublik – Eine Wirkungsgeschichte der Frankfurter Schule, Frankfurt a. M./New York 1999.

Alexy, Robert: Theorie der juristischen Argumentation – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt a. M. 1978, 5. Aufl. 2006.

Auer, Albert OSB: Der Mensch hat Recht – Naturrecht auf dem Hintergrund des Heute, Graz u. a.O, 1956.

Becker, Hartmuth: Die Parlamentarismuskritik bei Carl Schmitt und Jürgen Habermas, Berlin 1994.

Bielefeldt, Heiner: Menschenrechtlicher Universalismus ohne eurozentrische Verkürzung, in: Gelten Menschenrechte universal, hg. v. Günter Nooke u. a., Freiburg i. Br. u. a. O. 2008, S. 98–141.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: Oikeiosis – Festschrift für Robert Spaemann, hg. v. Reinhard Löw, Weinheim 1987, S. 1–21.

Bracher, Karl Dietrich u. a. (Hg.): Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5/ 1: Republik im Wandel 1969–1974, Stuttgart /Mannheim 1986.

Brandt, Reinhard: Vom Weltbürgerrecht, in: Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden, hg. v Otfried Höffe, Berlin 1999, S. 133–148.

Brockmöller, Annette: Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland, Baden-Baden 1997.

Brockmöller, Annette / Hilgendorf, Eric (Hg.): Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, Stuttgart 2009.

Brugger, Winfried: Stufen der Begründung von Menschenrechten, in: Der Staat 31 (1992), S. 21–38.

Brunkhorst, Hauke/ Köhler, Wolfgang R./Lutz-Bachmann, Matthias (Hg.): Recht auf Menschenrechte, Frankfurt a.M. 1999.

Brunkhorst, Hauke/ Kreide, Regina /Lafont, Christina (Hg.): Habermas-Handbuch, Darmstadt 2009.

Brunner, Emil: Gerechtigkeit – Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung, Zürich 1943.

Buchwald, Delf: Der Begriff der rationalen juristischen Begründung – Zur Theorie der juridischen Vernunft, Baden-Baden 1980.

Cawallar, Georg: Annäherungen an den ewigen Frieden – Neuere Publikationen über Immanuel Kants Friedensschrift, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 46 (1998), S. 137–143.

Coing, Helmut: Grundzüge der Rechtsphilosophie (1950), 4. Aufl., Berlin/New York 1985.

Conze, Eckart: Die Suche nach Sicherheit – Eine Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, München 2009.

Dahrendorf, Ralf: Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1965.

Dalferth, Ingolf U.: Naturrecht in protestantischer Perspektive, Baden-Baden 2008.

Daniels, Norman (Ed.): Reading Rawls, Oxford 1975, repr. Stanford 1984.

Doering-Manteuffel, Anselm/Raphael, Lutz: Nach dem Boom – Perspektiven auf die Zeitgeschichte seit 1970, Göttingen 2008.

Dreier, Horst: Gilt das Grundgesetz ewig?, München (Carl Friedrich von Siemens Stiftung) 2009.

– Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: Juristenzeitung 52 (1997), S. 421–434.

– Kants Republik, in: ders. (Hg.): Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit, Symposion für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag, Berlin 2005, S. 151 –192

– Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre, Wien 2001.

Dreier, Ralf: Hauptströmungen gegenwärtiger Rechtsphilosophie in Deutschland, in: Archiv Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 81 (1995), S. 155–163.

– Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie, Tübingen 1975; jetzt in: ders.: Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt a.M. 1981, S. 17–47. Literaturverzeichnis 63.

Dürig, Günter: Der Grundsatz von der Menschenwürde – Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, in: Archiv des öffentlichen Rechts 81 (1956), S. 117 –157.

Eckmann, Horst: Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie – Zum Begriff des Rechts in der Rechtstheorie H. L. A. Harts, Berlin 1969.
Engländer, Armin: Diskurs als Rechtsquelle?, Tübingen 2002.

Esser, Josef: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1970), 2. Aufl., 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1972.

Fechner, Erich: Rechtsphilosophie – Soziologie und Metaphysik des Rechts (1956), 2. Aufl., Tübingen 1962.

Foljanty, Lena: Rechtstheologie als Antwort auf den Nationalsozialismus – Zur Bedeutung der Religion in der deutschen Rechtsphilosophie der Nachkriegszeit, in: Turning Points and Breaklines, hg. v. Szabolos Hornyák u. a., München 2009, S. 214–227.

Franssen, Everhardt: Positivismus als juristische Strategie, in: Juristenzeitung 24 (1969), S. 766–775.

Frei, Norbert: Transformationsprozesse. Das Bundesverfassungsgericht als vergangenheitspolitischer Akteur in den Anfangsjahren der Bundesrepublik, in: Herzkammern der Republik, hg. v. Michael Stolleis, München 2011, S. 64–81.

Fuchs, Josef SJ: Lex Naturae – Zur Theologie des Naturrechts, Düsseldorf, 1955.

Funk, Josef SVD: Primat des Naturrechts – Die Transzendenz des Naturrechts gegenüber dem positiven Recht, Mödling bei Wien 1952.

Gadamer, Hans-Georg: Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Tübingen 1960, 2. Aufl. 1965.

Gerhardt, Volker: Immanuel Kants Entwurf ‚Zum ewigen Frieden' – Eine Theorie der Politik, Darmstadt 1995.

Görtemaker, Manfred: Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, München 1999.

Gosepath, Stefan: Universalität der Menschenrechte – Ein Erklärungsansatz, in: Gelten Menschenrechte universal?, hg. v. Günter Nooke u. a., Freiburg i. Br. u. a. O. 2008, S. 195–203.

Graeser, Andreas: Positionen der Gegenwartsphilosophie, München 2002.

Gramm, Christof: Zur Rechtsphilosophie Ernst Blochs, Pfaffenweiler 1987. 64 Literaturverzeichnis.

Grawert, Rolf: Der Zusammenbruch des Staates und das Schicksal seiner Beamtenschaft im Spiegel der Nachkriegsliteratur, in: Die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums nach 1945.

– Geburtsfehler oder Stützpfeiler der Demokratiegründung in Westdeutschland, hg. v. Friedrich Georg Schwegmann, Düsseldorf 1986, S. 25–46.

Grimm, Dieter (Hg.): Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Bd. 1, Frankfurt a.M. 1973.

Günther, Klaus: Ein normativer Begriff von Kohärenz, in: Rechtstheorie 20 (1989), S. 163–190.

Häberle, Peter: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: Juristenzeitung.30 (1975), S. 297 –305; jetzt in: ders.: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl., Berlin 1992, S. 155–181.

Habermas, Jürgen: Analytische Wissenschaftstheorie und Dialektik (1963), in: Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, hg. v. Theodor W. Adorno u. a. (1969), 3. Aufl., Neuwied/ Berlin 1971, S. 155 –191.

– Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte, in: Recht auf Menschenrechte, hg. v. Hauke Brunkhorst u. a., Frankfurt a.M. 1999, S. 216 –227.

– Die Legitimation durch Menschenrechte, in: ders.: Die postnationale Konstellation – Politische Essays, Frankfurt a.M. 1998, S. 168 –192.

– Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992 u. ö..

– Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: ders.: Der gespaltene Westen – Kleine politische Schriften X, Frankfurt a. M. 2004, S. 113- 193.

– Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von zweihundert Jahren, in: Frieden durch Recht, hg. v. Matthias Lutz-Bachmann/ James Sohmann, Frankfurt a.M. 1996, S. 7–24; auch in:ders.: Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt a.M. 1999, S. 192 –136.

– Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, in: ders. /Luhmann, Niklas: Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung, Frankfurt a.M. 1971, S. 142 –290.

– Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bde., Frankfurt a. M. 1981 u. ö.

– Wahrheitstheorien (1972), in: ders.: Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt a.M. 1984, S. 127–183.

Hackel, Volker Marcus: Kants Friedensschrift und das Völkerrecht, Berlin 2000. Literaturverzeichnis 65.

Hart, Herbert Lionel Adolphus: The Concept of Law, Oxford 1961, 2. Aufl. 1984; dt. u. d. T. Der Begriff des Rechts, Frankfurt a.M. 1973.

Hart, H.L. A.: Recht und Moral – Drei Aufsätze, übers. u. mit einer Einleitung hg. v. Norbert Hoerster, Göttingen 1971.

Hartmann, Nicolai: Das Problem des geistigen Seins (1933), 2. Aufl., Berlin 1949.

– Der Aufbau der realen Welt (1940), 2. Aufl., Meisenheim 1949, 3. Aufl., Berlin 1964.

– Ethik (1927), 4. Aufl., Berlin 1962.

Hassemer, Winfried: Tatbestand und Typus – Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, Köln /München 1968.

– (Hg.): Dimensionen der Hermeneutik – Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, Heidelberg 1984.

Hassemer, Winfried /Hoffmann-Riem, Wolfgang/Limbach, Jutta: Juristenausbildung zwischen Experiment und Tradition, Baden-Baden 1986.

Henkel, Heinrich: Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964.

Henne, Thomas/Riedlinger, Arne (Hg.): Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005.

Herbe, Daniel:Hermann Weinkauff (1894–1981) – Der erste Präsident des Bundesgerichtshofs, Tübingen 2008.

Herberger, Maximilian / Simon, Dieter: Wissenschaftstheorie, Frankfurt a. M. 1980.

Herbert, Ulrich: Liberalisierung als Lernprozess, in: ders. (Hg.). Wandlungsprozesse in Westdeutschland, 2. Aufl., Göttingen 2003, S. 7–49.

Herget, James E.: Contemporary German Legal Philosophy, Philadelphia 1996.

Herz, Dietmar / Jetzlsperger, Christian: Die Europäische Union, 2. Aufl., München Hilgendorf, Eric: Argumentation in der Jurisprudenz – Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz, Berlin 1991.

– Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985, Würzburg 2005.

– Rechtsphilosophie im vereinten Deutschland, in: Philosophische Rundschau 50 (1993), S. 1–33. 66 Literaturverzeichnis.

– (Hg.): Wissenschaftlicher Humanismus – Texte zur Moral- und Rechtsphilosophie des frühen logischen Empirismus, Freiburg i. Br. u. a. O. 1998.

Hoerster, Norbert: Verteidigung des Rechtspositivismus, Frankfurt a. M. 1989.

Höffe, Otfried: A Theorie of Justice, in: Philosophische Rundschau 21 (1975), S. 187–208.

– Politische Gerechtigkeit – Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt a.M. 987.

– Vernunft und Recht, Frankfurt a.M. 1996.

– Völkerbund oder Weltrepublik, in: ders. (Hg.): Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden, Berlin 1995, S. 109 –132.

– (Hg.): Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden, Berlin 1995.

– Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1977.

Hofmann, Hasso: The Development of German-Language Legal Philosophy and Legal Theory in the Second Half of the 20th Century. VI. The GDR in Retrospect, in: A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, ed. Enrico Pattaro, Vol. 12 (erscheint demnächst).

– „In Europa kann's keine Salomos geben." – Zur Geschichte des Begriffspaares Recht und Kultur, Berlin 2009, S. 32–64; auch in: Juristenzeitung 64 (2009), S. 1–10.

– Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, Berlin 1998.

– Die Entdeckung der Menschenrechte, Berlin 1999.

– Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990, in: Handbuch des Staatsrechts, hg. v. Josef Isensee / Paul Kirchhof, Bd. I , 3. Aufl., Heidelberg
2003, S. 355- 421.

– Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 5. Aufl., Darmstadt 2011.

– From Jhering to Radbruch, in: A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, hg. v. Enrico Pattaro, Vol. 9:A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600 –1900, hg v. Damiano Canale /PaoloGrossi /Hasso Hofmann, Dordrecht u. a. O. 2009, S. 301–354.

– Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, in: Der Staat 34 (1995), S. 1–32. Literaturverzeichnis 67.

– Konstitutionalisierung der juristischen Hermeneutik, in: Öffentliches Recht im offenen Staat – Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, hg. v. Ivo Appel u. a., Berlin 2011, S. 99–110.

– Menschenrechte und Demokratie oder: Was man von Chrysipp lernen kann, in: Das Recht des Menschen in der Welt – Kolloquium aus Anlaß des 70. Geburtstags von Ernst-Wolfgang Böckenförde, hg. v. Rainer Wahl/ Jochen Wieland, Berlin 2002, S. 31–58; auch in: Juristenzeitung 56 (2001), S. 1–8.

– Menschenrechtliche Autonomieansprüche (1992), in: ders.: Verfassungsrechtliche Perspektiven, Tübingen 1995, S. 51–72.

– Methodische Probleme der juristischen Menschenwürdeinterpretation, in: Mensch

– Staat – Umwelt, hg. v. Ivo Appel /Georg Hermes, Berlin 2008, S. 47–78.

– Recht und Kultur, Berlin 2009.

– Recht und soziale Ordnung, in: Internationale Zeitschrift für Philosophie 17 (2008), S. 45–62.

– Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung, in: Rechtsphilosophie der Aufklärung – Symposium Wolfenbüttel 1981, hg. v. Reinhard Brandt, Berlin /NewYork 1982, S. 12–46.

Hofmann, Hasso/ Dreier, Horst: Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: Hofmann, Hasso: Verfassungsrechtliche Perspektiven, Tübingen 1995, S. 161 –196:

Hruschka, Joachim: Das Verstehen von Rechtstexten, München 1972.

Huber, Thomas: Systemtheorie des Rechts, Baden-Baden 2007.

Ipsen, Hans Peter: Über das Grundgesetz, Hamburg 1950.

Ipsen, Jörn: Der Staat der Mitte, München 2009.

Jäger, Wolfgang: Die Innenpolitik der sozialliberalen Koalition 1969 – 1974, in: Geschichte der Bundesrepublik Deutschland Bd. 5/ 1, hg. v. Karl Dietrich Bracher u. a. Stuttgart /Mannheim 1986.

– Die Innenpolitik des sozialliberalen Koalition 1974 -1982, in. Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5/ 2, hg. v. Karl Dietrich Bracher u. a., Stuttgart /Mannheim 1987.

Jahr, Günther/ Maihofer, Werner (Hg.): Rechtstheorie – Beiträge zur Grundlagendiskussion, Frankfurt a.M. 1971.

Kaiser, Joseph H. (Hg.): Planung I, Baden-Baden 1965. 68 Literaturverzeichnis.

Kant, Immanuel: Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, in: Kant-Werke, hg. v. Wilhelm Weischedel, Bd. 9, Darmstadt 1968, S. 193 –251.

Kaufmann, Arthur: Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik (1975), jetzt in: ders.: Beiträge zur juristischen Hermeneutik, Köln u. a. O. 1984, S. 79–88.

– Gerechtigkeit – der vergessene Weg zum Frieden, München u. a. O. 1986.

– Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, München 1989.

– Rechtsphilosophie im Wandel, 2. Aufl., Köln u. a. O 1984.

– Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 2. Aufl., Heidelberg, 1992.

– Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1984.

– (Hg.): Rechtstheorie – Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis, Karlsruhe 1971.

Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig /Wien 1934.

Kennedy, Ellen: Carl Schmitt und die „Frankfurter Schule". Deutsche Liberalismuskritik im 20. Jahrhunderts, in: Geschichte und Gesellschaft 12 (1986), S. 380 –419.

Kersting, Wolfgang: Globaler Liberalismus und kulturelle Differenz, in: ders.: Politik und Recht, Weilerswist 2000, S. 211–236.

– Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend – Abhandlungen zur praktischen Philosophie der Gegenwart, Frankfurt a.M. 1997.

– Rechtsphilosophische Probleme des Sozialstaats, Baden-Baden 2000.

– Theorien der sozialen Gerechtigkeit, Stuttgart /Weimar 2000.

– Weltfriedensordnung und globale Verteilungsgerechtigkeit, in: „Zum Ewigen Frieden", hg. v. Reinhard Merkel, Frankfurt a.M. 1996, S. 172–212.

Klug, Ulrich: Juristische Logik, Berlin u. a. O. 1951, 2. Aufl. 1958, 3. Aufl. 1966.

Knittel, Eberhard: Sozialwissenschaften und Rechtspraxis in der Juristenausbildung, Marburg 1973.

Koch, Hans-Joachim /Rüßmann, Helmut: JurJuristische Begründungslehre, München 1982.

Kokott, Juliane: Der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht, in: Recht auf Menschenrechte, hg. v. Hauke Brunkhorst u. a., Frankfurt a. M. 1999, S. 176 –198. Literaturverzeichnis 69.

Koller, Peter: Die Institutionalisierung der Menschenrechte und die Grenzen der staatlichen Souveränität, in: Recht auf Menschenrechte, hg. v. Hauke Brunkhorst u. a., Frankfurt a.M. 1999, S. 228 –245.

– Frieden und Gerechtigkeit in einer geteilten Welt, in: „Zum ewigen Frieden", hg. v. Reinhard Merkel, Frankfurt a.M. 1996, S. 213–238.

– Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert: Hans Kelsens Reine Rechtslehre und H. L. A. Harts „Concept of Law", in: Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, hg. v. Ota Weinberger /Werner Krawietz, Wien /New York 1988, S. 129–178.

Kraft, Victor: Der Wiener Kreis – Der Ursprung des Neopositivismus, Wien 1950, 2. Aufl. 1968, 3. Aufl. 1997.

– Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre, 2. Aufl., Wien 1952.

Krawietz, Werner/Preyer, Gerhard (Hg.): System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Berlin 1996.

Kreide, Regina: Globale Politik und Menschenrechte – Macht und Ohnmacht eines politischen Instruments, Frankfurt a.M. /NewYork 2008.

Kriele, Martin: Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967, 2. Aufl. 1976.

Küchenhoff, Günther: Naturrecht und Christentum, Düsseldorf 1948.

Kühl, Kristian: Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts, in: Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, hg. v. Karl Acham u. a., Stuttgart 1998, S. 605–663.

Kühnhardt, Lutger: Die Universalität der Menschenrechte, München 1987.

Kunz, Karl-Ludwig: Die analytische Rechtstheorie: Eine „Rechts"-theorie ohne Recht?, Berlin 1977.

Landshut, Siegfried (Hg.): Karl Marx, Die Frühschriften (1932), einbändige Neuaufl. Stuttgart 1953.

Lasars, Wolfgang: Die klassisch-utilitaristische Begründung der Gerechtigkeit, Berlin 1982.

Lautmann, Rüdiger: Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz, Stuttgart u. a. O. 1971.

– u. a. (Hg.): Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1, Bielefeld 1970.

Lieber, Tobias: Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit, Tübingen 2007. 70 Literaturverzeichnis.

Luhmann, Niklas: Die Funktionen des Rechts, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beihefte NF 8 (1974), S. 31–45.

– Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart u. a. O. 1974.

Maihofer, Werner: Demokratie und Sozialismus – Recht und Staat im Denken des jungen Marx, Frankfurt a.M. 1968.

– Demokratie und Sozialismus, in: Ernst Bloch zu ehren, hg. v. Siegfried Unseld, Frankfurt a.M. 1965. S. 31–67.

– Konkrete Existenz – Versuch über die philosophische Anthropologie Ludwig Feuerbachs, in: Existenz und Ordnung – Festschrift für Erik Wolf, hg. v. Thomas Würtenberger, Frankfurt a.M. 1962, S. 246–281.

– Naturrecht als Existenzrecht, Frankfurt a.M. 1963.

– Recht und Sein – Prolegomena zu einer Rechtsontologie, Frankfurt a.M. 1954.

– (Hg.): Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Darmstadt 1962.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hg.): Grundgesetz-Kommentar, München seit 1958 (Loseblatt-Werk) Mehring, Reinhard: Rechtsidealismus zwischen Gemeinschaftspathos und kirchlicher Ordnung. Zur Entwicklung von Erik Wolfs Rechtsgedanken, in: Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte 44 (1992), S. 140 –156.

Merkel, Adolf: Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft, in: Encyclopädie der Rechtswissenschaft, hg. v. Franz von Holtzendorff, 5. Aufl. 1890, S. 5–91.

Merkel, Reinhard (Hg.): „Zum ewigen Frieden“, Frankfurt a.M. 1996.

Messner, Johannes: Das Naturrecht – Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik (1950), 7. Aufl. Berlin 1984.

Möllers, Christoph: Demokratie und Recht, in: Habermas-Handbuch, hg. v. Hauke Brunkhorst u. a., Darmstadt 2009, S. 254–263.

Montada, Leo: Gerechtigkeitsansprüche und Ungerechtigkeitserleben in den neuen Bundesländern, Potsdam 1996.

Müller, Eberhard (Hg.): Gerechte Ordnung – Gedanken zu einer Rechtsund Staatslehre in evangelischer Sicht, Tübingen 1948.

Müller, Friedrich: Normstruktur und Normativität – Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966.

– Strukturierende Rechtslehre, Berlin 1984, 2. Aufl. 1994 . Literaturverzeichnis 71.

Naucke, Wolfgang: Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, Frankfurt a.M. 1972.

Neumann, Ulfrid: Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, hg. v. Dieter Simon, Frankfurt a. M. 1994, S. 145– 187.

Nida-Rümelin, Julian: Ewiger Friede zwischen Moralismus und Hobbesianismus, in: „Zum Ewigen Frieden“, hg. v. Reinhard Merkel, Frankfurt
a. M. 1996, S. 239 –255.
b.

Nooke, Günter/Lohmann, Georg/ Wahlers, Gerhard (Hg.): Gelten Menschenrechte universal?, Freiburg i. Br. u. a. O. 2008.

Paul, Wolf: Die zwei Gesichter der marxistischen Rechtstheorie, in: Rechtsstaat und Menschenwürde – Festschrift für Werner Maihofer, hg. v. Arthur Kaufmann, Frankfurt a.M. 1988, S. 329 –354.

Plümacher, Martina: Philosophie nach 1945 in der Bundesrepublik Deutschland, Reinbek 1996.

Podlech, Adalbert: Wertungen und Werte im Recht, in: Archiv des öffentlichen Rechts 95 (1970), S. 185–223.

Poscher, Ralf: Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen 2003.

Radbruch, Gustav: Die Erneuerung des Rechts, in: Die Wandlung 2 (1947), S. 8–16.

– Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristenzeitung 1 (1946), S, 105 –108, jetzt in: Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 3, hg. v. Arthur Kaufmann, Heidelberg 1990, S. 83–93.

Rawls, John: A Theory of Justice, Cambridge 1971, dt. u. d. T. Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1975.

Requate, Jörg: Der Kampf um die Demokratisierung der Justiz, Frankfurt a. M./New York 2008.

Riedel, Manfred (Hg.): Rehabilitierung der praktischen Philosophie, 2 Bde., Freiburg 1972/ 74.

Roellecke, Gerd: 75 Jahre Grundgesetz, in: Rechtshistorisches Journal 19 (2000), S. 632 –636.

Rohstock, Anne: Von der „Ordinarienuniversität“ zur „Revolutionszentrale“? – Hochschulreform und Hochschulrevolte in Bayern und Hessen 1957 –1976, München 2010.

Rommen, Heinrich: Die ewige Wiederkehr des Naturrechts (1936), Neuaufl. München 1947.

Ronellenfitsch, Michael: Einführung in das Planungsrecht, Darmstadt 1986.

72 Literaturverzeichnis Rorty, Richard M. (Hg.): The Linguistic Turn. Essays in philosophical Method, Chicago 1967.

Rosenbaum, Wolf: Naturrecht und positives Recht, Neuwied/ Darmstadt 1973.

Rottleuthner, Hubert: Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt a. M. 1972.

Rüthers, Bernd: Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968 u. ö..

Savigny, Eike von: Die Philosophie der normalen Sprache – Eine kritische Einführung in die „ordinary language philosophy“, Frankfurt a. M. 1969, Neuaufl. 1993.

Scharpf, Fritz W.: Planung als politischer Prozess, Frankfurt a.M. 1973.

Scheler, Max: Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 2 Teile, 1913 –1916, 4. Aufl., Bern 1954.

– Die Stellung des Menschen im Kosmos (1928), 7. Aufl., Bonn 2007.

Schlink, Bernhard: „Das Moralische versteht sich von selbst“, in: Merkur, Stuttgart 2009, S. 557 –569.

– Juristische Methodik zwischen Verfassungstheorie und Wissenschaftstheorie, in: Rechtstheorie 7 (1976), S. 94–102.

Schneider, Hans-Peter: Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz, in: Mensch und Recht – Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag, hg. v. Alexander Hollerbach u. a., Frankfurt a.M. 1972, S. 108–136.

Schneider, Peter /Ehmke, Horst: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 20 (1963), S. 1–102.

Schrey, Heinz-Horst: Die Wiedergeburt des Naturrechts, in: Theologische Rundschau NF 19 (1951), S. 21–75, 154–186, 193–221.

Schulz, Walter: Philosophie der veränderten Welt, Pfullingen 1972.

Simon, Dieter (Hg.): Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt a. M. 1994.

Sontheimer, Kurt: Die verunsicherte Republik, München 1979.

Spranger, Gerhard: Naturrecht und Natur der Sache, Berlin 1976.

– 100 Jahre Rechtsphilosophie, in: Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, hg, v. Annette Brockmöller / Eric Hilgendorf, Stuttgart 2009, S. 10–35. Literaturverzeichnis 73.

Stadtmüller, Georg: Das Naturrecht im Lichte der geschichtlichen Erfahrung, Recklinghausen 1948.

Stegmüller, Wolfgang: Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. I: Wissenschaftliche Erklärung und Begründung, Berlin u. a. O. 1969.

Steinbacher, Sybille: Wie der Sex nach Deutschland kam – Der Kampf um Sittlichkeit und Anstand in der frühen Bundesrepublik, München 2011.

Steinvorth, Ulrich: Gleiche Freiheit – Politische Philosophie und Verteilungsgerechtigkeit, Berlin 1999.

Stelmach, Jerzy: Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie, Ebelsbach 1991.

Tenbruck, Friedrich: Zur Kritik der planenden Vernunft, Freiburg i. Br. /München 1972.

Tömmel, Ingeborg: Das politische System der EU, 3. Aufl., München/Wien 2008.

Tomuschat, Christian: Kants Schrift „Zum ewigen Frieden" – Völkerrechtliche Aspekte, in: Prawo w XXI wieku [Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Polnischen Akademie der Wissenschaften], Warschau 2006, S. 978 –991.

Topitsch, Ernst (Hg.): Logik der Sozialwissenschaften, Köln/Berlin 1965.

Viehweg, Theodor: Topik und Jurisprudenz, München 1956, 2. Aufl. 1963, Aufl. 1974.

Voigt, Alfred (Hg.): Der Herrschaftsvertrag, Neuwied a. Rh. 1965.

Volkmann, Uwe: Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 67 (2008), S. 57–93.

Wahl, Rainer: Die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. I, hg. v. Detlef Merten/ Hans-Jürgen Papier, Heidelberg 2004, S. 7445 –781.

– Herausforderungen und Antworten, Berlin 2006.

Walter, Robert: Der gegenwärtige Stand der reinen Rechtslehre, in: Rechtstheorie 1 (1970), S. 69–95.

Wassermann, Rudolf (Hg.): Justizreform, Neuwied 1970.

Watrin, Christian: Eine liberale Interpretation der Idee der sozialen Gerechtigkeit, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik
21 (1976), S. 45–61.

Wehler, Ulrich: Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 5, München 2008. 74 Literaturverzeichnis Weinberger, Ota/Krawietz, Werner (Hg.): Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Wien /New York 1988.

Weinkauff, Hermann: Das Naturrecht aus evangelischer Sicht (1951), jetzt in: Naturrecht oder Rechtspositivismus?, hg. v. Werner Maihofer, Darmstadt, 1962, S. 210 –218.
– Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Neue Juristische Wochenschrift 13 (1960), S. 1689 –1696.

– Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Stuttgart 1968.

Weischedel, Wilhelm: Recht und Ethik, Karlsruhe 1956, 2. Aufl. 1959.

Welsch, Wolfgang: Unsere Postmoderne (1988), 5. Aufl., Berlin 2008.

West, Hans: Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen? Nationale Strafverfolgung von staatlichen Systemverbrechen mit Hilfe der Radbruch'schen Formel, Tübingen 2006.

Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967.

Wolf, Erik: Recht des Nächsten, Frankfurt a.M. 1958.

– Rechtsgedanke und biblische Weisung, Tübingen 1948.

Würtenberger, Thomas: Wege zum Naturrecht in Deutschland 1945 – 1948, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 38 (1949/ 50), S. 98 –138.